J. rom. m.
468 k

J. rom. m.
468 k

<36619863370018

<36619863370018 S

Bayer. Staatsbibliothek

Ueber

die römisch-rechtliche

Aufhebungsart der Obligationen

durch

concursus duarum causarum lucrativarum.

Eine civilrechtliche Erörterung.

Nach den Quellen bearbeitet

von

Dr. **Wilhelm Sell,**
ordentlichem Professor der Rechtswissenschaft an der Universität
in Zürich.

Zürich,
bei Meyer und Zeller,
ehedem Ziegler und Söhne.
1839.

587. B.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Seitdem der Verfasser vor mehreren Jahren den Grundsatz des römischen Rechts, „daß Niemand aus dem Nachtheil eines Andern ohne Rechtsgrund sich bereichern solle", zum ersten Male ausführlich bearbeitet hat, ist seine Aufmerksamkeit unablässig auf die weitere Verfolgung der allgemeinen Tendenz gerichtet gewesen, welche sich durch jenen generellen Grundsatz im System des römischen Privatrechts kund gibt. Auf diesem Wege haben sich denn manche Lehren zur genaueren Betrachtung dargeboten, die mit jener Regel in näherer oder entfernterer Verbindung stehen; und es ist dadurch ferner eine allgemeinere Grundlage für manche Vorschriften des römischen Rechts an's Licht getreten, welche man seither gewöhnlich als gänzlich isolirt und singulär betrachtet hat.

Die Bearbeitung solcher Lehren gewinnt darum doppelten wissenschaftlichen Zweck und Bedeutung: nicht bloß um des einzelnen Rechtsinstituts willen, sondern auch deßhalb, weil dadurch eine bisher wenig

beachtete allgemeinere Richtung, woraus dasselbe entsprungen ist, deutlicher hervortritt; und somit in einem solchen Institut zugleich einzelne Züge eines umfassenderen Gesammtbildes sich darstellen.

Zu diesen Lehren dürfte auch diejenige gehören, welche den Gegenstand der nachfolgenden Erörterung ausmacht. Bei deren Bearbeitung ist das Interesse des Verfassers besonders durch den oft nicht gekannten Reichthum der Quellen gefesselt worden, welcher gestattet, unseren Gegenstand als ein ausgebildetes, systematisch gegliedertes Ganze darzustellen, wobei das römische Recht in der Aufstellung des allgemeinen Princips, sowie in dessen Durchführung bis in's einzelne Detail seine bekannte Schärfe, Consequenz und Feinheit nicht verläugnet.

Möchte es dem Verfasser nun gelungen sein, auch dem Leser diese Ueberzeugung zu geben, und bei demselben ein ähnliches Interesse zu erregen, wie dasjenige war, welches ihn selbst bei Bearbeitung der Schrift geleitet hat.

Zürich, im Juli 1839.

Dr. W. Sell.

Inhaltsangabe.

Einleitung.

Literärgeschichtliches. S. 1—4.

Erste Abtheilung.

Allgemeinere Grundlage der Vorschriften des römischen Rechts über den concursus duarum causarum lucrativarum, Angabe der Quellen für unsere Lehre und Andeutungen über die historische Ausbildung derselben. S. 5—17.

§. 1. Die lucrativen Rechtsgeschäfte werden im römischen Recht nicht immer nach denselben Regeln, wie die onerosen, behandelt; namentlich in der Art, daß der Gläubiger bei jenen strenger gehalten wird, als bei diesen. Denn **negotia lucrativa** sind überhaupt im römischen Recht nicht begünstigt. — Damit hängt auch die Vorschrift über Aufhebung der Obligationen durch **concursus duarum**

causarum lucrativarum zusammen, welche aus der aequitas, dem ausgleichenden Princip, geflossen ist. S. 5 — 11.

§. 2. Unser Grundsatz ist aus der Volksansicht der Römer hervorgegangen, hat sich durch die Jurisprudenz weiter ausgebildet, und ist endlich zu den Zeiten von Kaiser Justinian durch Ueberlieferung (Tradition) zu unbestrittener Anerkennung gelangt. Dieß bezeugen die reichhaltigen Belege, welche meist den Digesten zu entnehmen sind, während der Codex Theodosianus und Justinianeus keine einzige unmittelbar darauf bezügliche kaiserliche Verordnung enthalten. S. 11 — 17.

Zweite Abtheilung.

Begriff und Voraussetzungen des concursus duarum causarum lucrativarum im eigentlichen Sinne der Quellen. S. 17 — 71.

§. 3. Feststellung des Begriffs des c. d. c. l. im eigentlichen Sinne der Quellen. — Voraussetzungen desselben: I. Es müssen mehrere wirklich **lucrative** Erwerbsgründe concurriren. Als solche sind nach den Quellen namentlich zu betrachten: 1) Schenkung; 2) Legat; 3) Fideicommiß; 4) *hereditas;* 5) Ersitzung; dagegen nicht das Versprechen oder Geben einer *dos.* Concurrirt eine causa onerosa mit einer causa lucrativa, so bestehen beide ungeschmälert neben einander; sind die Erwerbsgründe theils oneroser, theils lucrativer Art, so erlischt die Forderung ex causa lucrativa,

wenn man die species in Folge der andern, soweit dieselbe als ein lucrativer Erwerbsgrund erscheint, erhalten hat. S. 17—34.

§. 4. II. Die mehreren lucrativen Erwerbsgründe müssen in Einer Person **als Gläubiger** concurriren. Die Identität in der Person des Gläubigers wird in der vollen Strenge des Worts genommen, so daß nicht einmal dann die obligatio wegen des c. d. c. l. aufhört, wenn dasjenige, was der *dominus* aus einer causa lucrativa zu fordern hat, dem Sklaven desselben geschenkt wird. Dagegen findet unser concursus auch dann Statt, wenn die Eine der causae lucrativae durch Succession, z. B. durch Erbschaft, auf den jetzigen Gläubiger übergegangen ist. — Erklärung des fr. 18 D. de O. et A. (44, 7.) S. 34—45.

§. 5. III. Die mehreren lucrativen Erwerbsgründe müssen dieselbe **bestimmte** Sache, oder genauer, die **nämliche** *species*, zum Gegenstand haben. — Der c. d. c. l. tritt erst dann ein, wenn 1) der Gläubiger aus Einem der lucrativen Erwerbsgründe die *species* **selbst** wirklich zum Eigenthum erhalten hat; und zwar 2) ganz und vollständig; 3) unwiderruflich; 4) unentgeltlich. — Erklärung der Bedeutung des Zeitworts „abesse", welches hier in den Quellen vorkommt: „nec quidquam absit, nihil absit"; wodurch die Ausmittelung des Grundes für die Vorschrift über den c. d. c. l. vorbereitet wird. S. 45—60.

§. 6. IV. Der *c. d. c. l.* mit seiner aufhebenden Wir-

kung tritt nicht ein, wenn der Gläubiger zuerst die *aestimatio*, und dann die *species* selbst erhalten hat. [§. 6. i. f. J. de legat. (2, 20.)] Denn die species bildet den eigentlichen Gegenstand der Obligation; diese kann aber nur einmal gegeben werden, weil sie nur einmal im Reiche der Natur existirt; darum war es der römischen Ansicht von der aequitas zuwider, wenn der Gläubiger, nachdem er bereits die species selbst unentgeltlich zum Eigenthum erhalten hatte, noch dazu deren Werth verlangen wollte, der gar nicht den eigentlichen Gegenstand der causa lucrativa ausmacht; zumal, da mit der Sache selbst zugleich auch deren Werth gegeben war [fr. 88 D. de V. S. (50, 16.)], und darum durch die Forderung der aestimatio nach Empfang der species gegen den Grundsatz: Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur, verstoßen ward. S. 60—71.

Dritte Abtheilung.

Unterschied des concursus duarum causarum lucrativarum im eigentlichen Sinne des Quellen von den Fällen, welche uneigentlich dahin gerechnet werden. S. 71—117.

§. 7. I. Der c. d. c. l. mit seinen eigenthümlichen Wirkungen findet nur dann Statt, wenn die mehreren lucrativen Erwerbsgründe aus verschiedenen Dispositionen verschiedener **selbstständiger** Personen, als Debitoren, hervorgehen. Denn, wenn dieselbe species von Einem debitor mehrmals un-

entgeltlich versprochen, oder von Einem Testator mehrmals legirt worden ist, so liegt darin zwar ein wiederholter Ausdruck des Willens, oder eine verstärkt ausgesprochene Absicht, daß diese Sache gegeben werden solle; allein eine Verdoppelung oder Vervielfältigung des Gegenstandes der obligatio tritt nicht ein. Darum muß hier die wahre Absicht des Disponirenden entscheiden, welche in der Regel eher so auszulegen ist, daß er das minus der einfachen, als das plus der mehrfachen Leistung bezweckt habe. Aus diesen Gründen genügt es auch in solchen Fällen nach dem ausdrücklichen Zeugniß der Quellen, daß der creditor entweder die aestimatio, oder die species, einerlei welche zuerst, erhalten habe; was bei dem c. d. c. l. im eigentlichen Sinne ganz anders ist. — Abweichende Ansicht von Roßhirt und Schrader. S. 71 — 95.

§. 8. II. Aufzählung der einzelnen Fälle, in denen die Aufhebung der Obligation durch c. d. c. l. im eigentlichen Sinn eintritt. Auch hier weicht Roßhirt ab. — Erklärung und Vereinigung von fr. 34 §. 1. u. 2. D. de legat. I. (30.) mit unserer Ansicht durch Verweisung auf §. 7. und 8. desselben Fragments. S. 95 — 117.

Vierte Abtheilung.

Zusammentreffende lucrative Erwerbsgründe, welche wegen Beschaffenheit des Gegenstandes der Forderung nicht unter den concursus duarum causarum lucrativarum mit aufhebender Wirkung fallen. S. 117 — 178.

§. 9. Da der c. d. c. l. mit seiner aufhebenden Wirkung nur dann eintritt, wenn dieselbe bestimmte *species* den Gegenstand der beiden lucrativen Erwerbsgründe ausmacht, so kann diese Wirkung nicht Statt finden, wenn ein *genus* oder eine **nicht genau bestimmte Sache** das Object der mehreren *causae lucrativae* bildet. — I. Der Fall, wenn ein *genus* Gegenstand der mehreren lucrativen Forderungen ist, läßt sich in der Art denken: 1) daß eine **Quantität fungibler Sachen** aus mehreren *causis lucrativis* gefordert wird. — Erklärung des fr. 87 pr. D. de legat. II. (31.) fr. 88 §. 7. D. de legat. II. (31.). — 2) Daß eine nicht dem Individuum, sondern nur der **Gattung** nach bezeichnete *species* das Object dieser Erwerbsgründe bildet. S. 117—142.

§. 10. II. Der *c. d. c. l.* findet nicht Statt, wenn **ein unbestimmter Theil** einer *species* den Gegenstand der mehreren lucrativen Forderungen ausmacht [fr. 83 D. de legat. I. (30.) fr. 66 pr. §. 2. D. de legat. II. (31.)], während dieser concursus allerdings dann vorhanden ist, wenn ein **bestimmter Theil** das Object der lucrativen Erwerbsgründe bildet. [fr. 66 §. 1. cit.] — Erklärung des §. 2. und 3. des fr. 66 cit. — Der letztere dieser §§. steht in offenbarem Widerspruch mit anderen Gesetzesstellen, namentlich mit fr. 67 pr. D. de solution. (46, 3.) fr. 72 §. 4. D. eod. Bei der letzteren Stelle ist der Text mit Cujacius zu emendiren, und diese beiden letzteren Digestenstellen, in Verbindung mit anderen, verdienen den

Vorzug vor dem isolirt stehenden Ausspruch des Papinianus in fr. 66 §. 3. cit. S. 142—174.

§. 11. III. Der *c. d. c. l.* tritt ebensowenig dann ein, wenn die beiden *causae lucrativae* oder Eine derselben eine **alternative Obligation** enthalten. [fr. 82 §. 6. D. de legat. I. (30.) fr. 16 D. de V. O. (45, 1.) fr. 84 §. 11. D. de legat. I. (30.)] — Ist der Eine der mehreren lucrativen Erwerbsgründe eine einfache Obligation, so kommen bei dieser die allgemeinen Regeln über den c. d. c. l. zur Anwendung, während bei der alternativen der concursus cessirt. S. 174—178.

Fünfte Abtheilung.

Wirkungen des concursus duarum causarum lucrativarum. S. 179—190.

§. 12. Da der c. d. c. l. im eigentlichen Sinne die Aufhebung der übrigen lucrativen Erwerbsgründe ipso jure bewirkt [fr. 83 §. 6. D. de V. O. (45, 1.)], so kann das nach dieser Aufhebung Gegebene condicirt werden, entweder, als ein indebitum, mit der condictio indebiti, oder, als ein sine causa datum, mit der condictio sine causa. Dagegen tritt keine Rückforderung ein, wenn der Werth der species absichtlich und freiwillig gegeben worden ist, indem der Gebende wußte, daß der Gläubiger schon vorher die species selbst ex causa lucrativa gehörig erhalten hatte. Ebensowenig findet die Wirkung unseres concursus

Statt, wenn die species und deren Werth gleichzeitig gegeben worden sind, ohne daß dabei in fraudem legis gehandelt wurde. Unterscheidungen der Wirkungen des s. g. uneigentlichen c. d. c. l. von dem s. g. eigentlichen. S. 179 — 190.

Einleitung.

Literärgeschichtliches.

Es ist in neuerer Zeit allgemein anerkannt, daß die Vorschrift des römischen Rechts über die Aufhebung der Obligationen durch das Zusammentreffen von zwei oder mehreren lucrativen, auf dieselbe species gerichteten Erwerbsgründen in der Person Eines Gläubigers, concursus duarum causarum lucrativarum[1]), etwas Eigenthümliches enthält; ja sie wird wohl als eine „sonderbare Vorschrift" bezeichnet[2]).

Schon aus diesem Grunde wird es nicht ohne Interesse sein, dieselbe einer neuen Untersuchung zu unterwerfen, um zu erforschen, ob in den Wirkungen jenes concursus eine völlig isolirt stehende Singularität im römischen Recht anzunehmen sei, oder ob sich eine

1) Im Laufe der Untersuchung werden wir häufig zur Abkürzung bloß die Anfangsbuchstaben c. d. c. l. setzen.

2) Thibaut System (7te Ausg.) §. 995. (8te Ausg.) §. 674.

allgemeinere Grundlage auffinden lasse, womit die angegebene Aufhebungsart der Obligationen in Verbindung steht.

Dazu kommt, daß die rechtliche Natur jener Vorschrift noch keineswegs vollständig ermittelt und zur gehörigen Bestimmtheit erhoben ist.

Die neueren Lehr- und Handbücher [1]) erwähnen den c. d. c. l. gewöhnlich nur ganz kurz unter den Aufhebungsgründen der Obligationen, und die älteren Commentatoren und dogmatischen Bearbeiter des römischen Rechts haben sich ebenso verhältnißmäßig nur spärlich mit Behandlung unserer Lehre in ihrem Zusammenhange beschäftigt.

Die Glosse liefert bei der Interpretation der hierher gehörigen Gesetzesstellen, nach ihrer bekannten Weise, einzelne zerstreute Bemerkungen [2]); Cujacius handelt zwar an verschiedenen Stellen seiner Werke [3])

---

1) z. B. Schweppe, Römisches Privatrecht (4te Ausg.) III. §. 635.

2) An den betreffenden Stellen der nachfolgenden Untersuchung wird darauf, sowie auf die älteren Schriften überhaupt, geeignete Rücksicht genommen werden.

3) z. B. Tractatus ad African. V. l. 108. §. 1. 4. 5. 6. D. de legat. I. — Observation. Lib. XIV. cap. 19 — 21. XXV. cap. 25. Commentar. ad Tit. Dig. de verbor. obligation.

von einzelnen auf unsere Rechtsregel bezüglichen Punkten ausführlicher, ohne jedoch die ganze Lehre im Zusammenhange darzustellen; dagegen erscheint Hugo Donellus [1]) als der bedeutendste der älteren Bearbeiter des Grundsatzes über den c. d. c. l. Ihm folgt im Wesentlichen Arnold Vinnius [2]).

Die monographischen Bearbeitungen unserer Lehre durch die beiden Spanier Fernandez de Retes [3]) und Gregor. Majansius [4]) haben, trotz mancher gründlichen Untersuchungen in einzelnen Theilen, die Acten wohl noch nicht zum Schluß gebracht; und der neueste Schriftsteller, welcher den Grundsatz über das Zusammentreffen mehrerer lucrativen Erwerbsgründe in Verbindung mit einer umfassenderen Untersuchung betrachtet, kündigt theils seine Darstellung selbst nur

---

I. 16 pr. i. f. und in seinen Recitationes zu einzelnen auf unsere Lehre sich beziehenden Stellen von Papinianus, Paulus und Anderen.

1) Commentar. jur. civ. Lib. XVI. cap. 5. (Edit. Kœnig et Bucher Vol. X. pag. 139 — 146.)

2) Commentar. ad Tit. Inst. de legatis. §. 6.

3) Opusculor. Lib. VII. cap. 6. (De concursu multiplicis causae lucrativae.) u. Lib. VIII. cap. ult. in Meermann. Thesaur. nov. Tom. VI. p. 378 — 390. und p. 409. 410.

4) Disputation. juris. I. 7. pag. 118 — 141. (De prohibito concursu lucrativarum causarum.)

als „eine Skizze zur weiteren Ausführung" an [1]), theils ist der Verfasser auf seinem Wege zu einem, von dieser neuen Bearbeitung in mancher Beziehung abweichenden Resultat gekommen [2]).

Darum dürfte der nachstehende Versuch einer wiederholten Prüfung des erwähnten Gegenstandes sich nicht als überflüssig darstellen.

---

1) Roßhirt in seiner und Warnkönig's Zeitschrift. Bd. 2. H. 1. „Von der Solution der Obligationen. — Eine Skizze zur weiteren Ausführung." S. 24 ff. und Roßhirt, Lehre von den Vermächtnissen ꝛc. I. S. 448 — 451. — Die von Roßhirt erwähnte Dissertation von J. V. Bechmann, de concursu duarum causarum lucrativarum. Jena 1685., hat der Verf. so wenig, wie jener Schriftsteller, erhalten können.

2) Zahlreiche und werthvolle Beiträge für die Bearbeitung unserer Lehre liefern auch die Anmerkungen zu §. 6. und 9. J. de legat. in der Ausgabe der Institutionen von Schrader.

Erste Abtheilung.

Allgemeinere Grundlage der Vorschriften des römischen Rechts über den *concursus duarum causarum lucrativarum*, Angabe der Quellen für unsere Lehre und Andeutungen über die historische Ausbildung derselben.

---

§. 1.

Wir finden im römischen Recht hin und wieder Vorschriften, aus denen hervorgeht, daß die Rechtsgeschäfte, welche eine causa lucrativa enthalten, nicht immer nach denselben generellen Regeln, wie die onerosen Geschäfte, beurtheilt werden.

Die Abweichung bei den ersteren zeigt sich in einer doppelten Richtung: nämlich theils darin, daß der Schuldner gelinder behandelt[1]), theils darin, daß derjenige, welcher aus einem lucrativen Erwerbsgrunde Gläubiger ist, strenger gehalten wird.

---

1) Argum. fr. 47 i. f. D. de legat. II. (31.) (PROCULUS.) verb.: In hoc casu magis heredi *parcendum* est: etc.

So braucht, wie bekannt, der Schenker im Allgemeinen nicht für die Eviction [1]), noch für die physischen Mängel der geschenkten Sache einzustehen [2]); keine Verzugszinsen zu entrichten [3]), und es ist ihm das s. g. beneficium competentiae in seiner vollsten Ausdehnung verliehen [4]).

Die zweite der angegebenen Richtungen, welche mit dem Gegenstand unserer Untersuchung in näherer Verbindung steht, veranlaßt unter andern die Vorschrift, daß der creditor ex lucrativa causa auch als Singularsuccessor [5]), (wie bei Schenkungen, Legaten rc.) die exceptio doli aus den Handlungen seines Vorgängers gegen sich gelten lassen muß [6]), während der Gläubiger aus einem onerosen Rechtsgeschäft, wie insbesondere Kauf, sodann Tausch, Empfang an Zah-

1) fr. 18 §. 3. D. de donat. (39, 5.) const. 2 C. de eviction. (8, 45.)

2) fr. 62 D. de aedil. ed. (21, 1.)

3) fr. 22 D. de donat. (39, 5.) fr. 16 pr. D. de usur. (22, 1.)

4) fr. 12. 33 pr. D. de donat. (39, 5.)

5) Bei dem Universalsuccessor gilt dieß aus nahe liegenden Gründen ganz allgemein: fr. 11 D. de divers. temporal. praescr. (44, 3.) fr. 4 §. 15. D. de usurpat. et usucap. (41, 3.) §. 12. J. de usucap. (2, 6.) Vgl. auch Fragm. Vat. §. 94. und fr. 49 §. 1. D. solut. matrim. (24, 3.)

6) Schon Roßhirt, Zeitschrift S. 24. pos. 6. hat mit Recht darauf aufmerksam gemacht.

lungsstatt und ähnlichen Erwerbsarten, hierzu nicht verpflichtet ist[1]):

fr. 4 §. 29. D. de doli mali except. (44, 4.) (ULPIAN.)

Si quis autem ex causa legati vindicet, aut is, cui ex causa donationis res praestita est, vindicet, an de dolo exceptionem patiatur ex causa ejus, in cujus locum successerit? Et magis putat Pomponius summovendum; et ego puto exceptione eos esse repellendos: *cum lucrativam causam sint nancti.* etc. und in §. 31. derselben Stelle heißt es noch allgemeiner: Proinde *ex quacunque alia causa*, *quae prope lucrativam habet adquisitionem*, quaesisse quis videatur, patietur exceptionem doli ex persona ejus in cujus locum successit.

Damit hängt weiter genau zusammen, daß nach dem Recht der Digesten und des Codex[2]) der Erwerber ex lucrativa causa bei der longi temporis praescriptio auch als Singularsuccessor den Besitz seines Vorgängers sich anrechnen lassen muß, selbst wenn dieser eine malae fidei possessio gewesen ist; was bei onerosen Erwerbsgründen sicher nicht Statt findet[3]).

---

1) fr. 4 §. 27 — 31. fr. 5 §. 5. D. de except. dol. mal. (44, 4.) Vergl. auch im Allgemeinen Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte (3te Aufl.) S. 587 f.

2) Nov. 119. pos. 7. hat dieß für das neueste Recht abgeändert.

3) fr. 7 §. 11. 12. D. de Publ. in rem act. (6, 2.) vgl. mit fr. 7 §. 3. eod.

Das Gesagte kann schon aus den mitgetheilten §§. des fr. 4 D. de dol. mal. except. im Allgemeinen gefolgert werden, und es erhält eine specielle Bestätigung durch die Vorschrift von Justinian in

const. 11 C. de praescr. long. temp. (7, 33.) (528.)

Super longi temporis praescriptione, quae ex decem vel viginti annis introducitur, perspicuo jure sancimus, *ut sive ex donatione, sive ex alia lucrativa causa* bona fide quis per decem vel viginti annos rem detinuisse probetur, *adjecto scilicet tempore etiam prioris possessoris:* memorata longi temporis exceptio sine dubio ei competat, *nec occasione lucrativae causae* repellatur.

Es kann hier ferner zur Charakterisirung des erwähnten Unterschieds zwischen lucrativen und onerosen Rechtsgeschäften auf die mancherlei Beschränkungen des älteren römischen Rechts in Beziehung auf Liberalitäten bei negotia inter vivos und mortis causa hingewiesen werden; z. B. auf das Verbot der Schenkungen durch die Lex Cincia [1]), auf die Verbote der Lex Furia testamentaria und der Lex Voconia [2]); auf die

1) Da hier nur eine ganz allgemeine Andeutung bezweckt wird, so verweisen wir hinsichtlich der Schriften über die Lex Cincia vor und nach Auffindung der Vaticanischen Fragmente auf die Literatur in den neueren Lehrbüchern.

2) Vgl. im Allgem. Gajus II. §. 224—227. IV. 23. 24. und

mancherlei Beschränkungen der Manumissionen[1]) durch die Lex Aelia Sentia und Furia Caninia[2]); ꝛc. ꝛc. — sowie endlich auch noch bemerkt werden mag, daß in der früheren Kaiserzeit die alte pro herede usucapio oder die *lucrativa* possessio et usucapio, als eine *improba* usucapio et possessio, verworfen worden ist[3]).

Aus den bisher gegebenen allgemeinen Andeutungen geht ohne Zweifel ein gewisser Unterschied in der Anwendung genereller Rechtsgrundsätze bei lucrativen Erwerbsgründen, gegenüber den onerosen, hervor: *Aliud* est enim emere, *aliud* ex his causis *(lucrativis)* succedere, sagt in dieser Beziehung Ulpia=

---

die neueren Untersuchungen von Schrader, Zimmern, v. Savigny, Kind, und Hasse bei Mackeldey Lehrbuch §. 716. Not. a. citt. — Daß Legate, wie auch die hereditas, im römischen Recht als lucrative Erwerbsgründe in Beziehung auf den c. d. c. l. gelten, wird sich unten §. 3. pos. I. 2. 4. zeigen. — Bei den angeführten Gesetzen haben übrigens auch noch andere bekannte Gründe zu den Beschränkungen mitgewirkt.

1) Auch Manumissionen gelten bei den Römern als reine Liberalitäten, gleich den Legaten: argum. Gajus II. §. 224. 230. 233. 236. 239. I. §. 40. Klenze, in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft. VI. S. 70. a. E.

2) Gajus I. §. 18 seqq. §. 37 seqq. §. 42 sqq. Ulpian. Fragm. I. §. 12 sqq. §. 24. 25.

3) Gajus II. §. 55—57.

nus am Schlusse von fr. 4 §. 29. D. de doli mali except. unmittelbar nach den oben mitgetheilten Worten, indem er den Kauf, als einen der wichtigsten, Eigenthumsübertragung bewirkenden Verträgen, statt aller onerosen Erwerbsarten erwähnt[1]).

Es ergibt sich aber aus dem Früheren noch weiter, daß das römische Recht reine Vermögensbereicherungen, welche in der Regel mit Vermögensverminderungen auf Seiten des Gebenden oder Leistenden verbunden sind, im Allgemeinen nicht begünstigt hat[2]); wobei man auch fast unwillkürlich an den bekannten Grundsatz: Nemo cum alterius detrimento et injuria locupletior fieri potest, erinnert wird[3]).

Mit dieser Tendenz des römischen Rechts hängt auch die Vorschrift über die Aufhebung der Obligationen wegen des concursus duarum causarum lucrativarum zusammen, welche aus dem Princip der aequitas geflossen sein wird[4]). Diese Vorschrift erscheint

1) fr. 4 §. 31. D. eod. (44, 4.) fr. 15 D. quib. ex caus. in poss. eatur (42, 4.)

2) Roßhirt, Lehre von den Vermächtnissen S. 450 pos. g., führt diese Bestimmungen des römischen Rechts, und besonders unsern Grundsatz, zum Theil auf den zu Geiz und Habsucht geneigten Volkscharakter der Römer zurück.

3) Das Nähere hierüber unten §. 6. a. E.

4) Daß hier die aequitas, das ausgleichende Princip,

demnach nicht als eine völlig isolirt stehende Singularität im Rechtssystem der Römer, wenn ihr auch eine gewisse Eigenthümlichkeit nicht abgesprochen werden kann.

§. 2.

Indem wir uns nun zu den Quellen für unsere Lehre wenden, so ergeben diese zuvörderst, daß die Gesetzesstellen, welche sich unmittelbar oder mittelbar darauf beziehen, weit zahlreicher sind, als man gewöhnlich annimmt, und daß dieselben, wenn sie mehr in ihrem Zusammenhange betrachtet werden, als dieß seither geschehen ist, zu einem abgerundeten, bis in das einzelne Detail durchgeführten Ganzen sich vereinigen lassen.

Die Vorschrift über den c. d. c. l. ist nämlich nicht zufällig, oder durch gesetzgeberische Willkür ent-

---

ebenso, wie bei dem Verbot der Bereicherung mit fremdem Nachtheil, eingewirkt hat, ist unverkennbar; und zwar waltet dabei, wie dem Verf. natürlich scheint, die schonende Rücksicht auf den debitor ex causa lucrativa vor; weil dieser ohnehin immer von seinem Vermögen etwas verliert, während der Gläubiger ebenso etwas gewinnt; jener also schon von vorn herein in einer nachtheiligeren Lage sich befindet, wie dieser, deren Ausgleichung im Geiste der milderen Zeit eben die Aufgabe der aequitas war. — Vergl. auch Schweppe a. a. O. §. 635. i. A. Roßhirt, Zeitschr. S. 24 pos. 6. Lehre von den Vermächtnissen S. 450 pos. g.

standen[1]; denn der Theodosische und Justinianische Codex enthalten nicht eine einzige, darauf bezügliche kaiserliche Verordnung; vielmehr sind die hierher gehörigen Quellenzeugnisse allein Justinian's Institutionen[2], und vorzüglich dem classischen Recht der Digesten zu entlehnen. In der letzteren Sammlung finden wir eine Reihe von Aussprüchen und Entscheidungen der römischen Juristen über unseren Grundsatz, welche auch hier die bekannte civilistische Consequenz der juristischen Classiker bei der Durchführung des allgemeinen Princips, und die ausgezeichnete Schärfe und Feinheit derselben bei der Anwendung auf einzelne Fälle, nicht verläugnen.

Am Wichtigsten erscheinen für unsere Lehre die Aussprüche des Julianus[3]; an ihn schließen sich

1) Damit soll übrigens keineswegs behauptet werden, daß die Kaiser nicht auch in Beziehung auf den einen oder den andern Punkt in unserer Lehre durch Constitutionen, namentlich durch Rescripte, eingewirkt haben können [argum. fr. 66 pr. D. de legat. II. (31.) fr. 34 §. 3. D. de legat. I. (30.)]; nur die Entstehung des Grundsatzes rührt nach allen Zeugnissen nicht von einem Acte der gesetzgeberischen Gewalt her. Vgl. auch Roßhirt, Vermächtnißlehre S. 449. 450 Not. 4. a. E.

2) §. 6 u. 9. J. de legat. (2, 20.)

3) fr. 17 D. de O. et A. (44, 7.) (lib. 33 Digestor.) fr. 18 D. eod. (lib. 54 Dig.) fr. 19 D. eod. (lib. 73 Digestor.) fr. 56 §. 7. D. de V. O. (45, 1.) (lib. 52 Dig.) fr. 82 pr.

zunächst Paulus [1]), Papinianus [2]), Ulpianus [3]) und Africanus [4]) an; dann folgen Marcellus [5]), Scävola [6]) und Javolenus [7]); zuletzt Tryphoninus [8]), und etwa auch noch Celsus [9]).

---

§. 1. 2. 3. 4. 6. D. de legat. I. (30.) (lib. 33 Digestor.) fr. 84 §. 2. D. eod. (lib. 33 Dig.) fr. 86 §. 1. D. eod. (lib. 34 Dig.) fr. 29 D. de A. E. V. (19, 1.) (lib. 4 ex Minicio.)

1) Sent. Rec. Lib. IV. Tit. I. §. 1. fr. 61 D. de solut. (46, 3.) (lib. 5 ad Plaut.) fr. 21 §. 1. D. de legat. III. (32.) (lib. 4 Sententiar.) fr. 83 §. 6. D. de V. O. (45, 1.) (lib. 72 ad Ed.) fr. 87 pr. D. de legat. II. (31.) (lib. 14 Responsor.)

2) fr. 66 pr. §. 1—5. D. de legat. II. (31.) (lib. 17 Quaestion.) fr. 73 D. de legat. II. (31.) (lib. 23 Quaestion.)

3) fr. 34 §. 1—8. D. de legat. I. (30.) (lib. 21 ad Sabin.) fr. 53 §. 2. D. eod. (lib. 25 ad Sabin.) fr. 13 §. 15. D. de A. E. V. (19, 1.) (lib. 32 ad Edict.) fr. 4 §. 14. D. de manumiss. (40, 1.) (lib. 6 Disputat.)

4) fr. 108 §. 1. 4—6. §. 10. D. de legat. I. (30.) (lib. 5 Quaest.) fr. 109 pr. D. eod. (lib. 6 Quaestion.)

5) fr. 98 pr. D. de V. O. (45, 1.) (lib. 20 Digestor.)

6) fr. 88 §. 7. D. de legat. II. (31.) (lib. 3 Responsor.) fr. 102 §. 2. D. de legat. III. (32.) (lib. 17 Digestor.)

7) fr. 11 D. si quis omiss. caus. testam. (29, 4.) (lib. 7 Epistolar.)

8) fr. 12 §. 18. D. de captiv. et postlimin. (49, 15.) (lib. 4 Disputat.)

9) fr. 22 D. de legat. II. (31.) (lib. 21 Digestor.)

Die Institutionen enthalten die allgemeinste Aufstellung der Regel über den concursus duarum causarum lucrativarum, und aus ihnen ist auch dieser Ausdruck selbst entlehnt:

§. 6. J. de legat. (2, 20.)

Nam traditum est, *duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse.*

Als ein gewichtiges Mittel zur Erklärung der betreffenden Stellen der Institutionen erscheint die Paraphrase von Theophilus, welcher unseren Grundsatz bei der eben angeführten Hauptstelle der Institutionen als *κανών* in lateinischer Sprache wiedergibt, und dadurch auf ein Rechtssprüchwort hindeutet[1]).

Aus der angegebenen Beschaffenheit der Quellen lassen sich auch einige Folgerungen für die historische Ausbildung der Rechtsregel über den concursus duarum causarum lucrativarum ableiten, trotz dem, daß uns die vorjustinianischen Quellen hier verlassen. Denn Gajus erwähnt in seinen Commentar. Instit. den c. d. c. l. weder bei den Aufhebungsarten der Obligationen, noch findet sich bei ihm irgend eine hierher gehörige Andeutung in der Lehre von den Legaten,

---

1) SCHRADER edit. Instit. Justin. ad §. 6. J. de legat. cit. verb.: *traditum est.*

bei welcher, wie schon bemerkt, Justinian's Institutionen der Concurrenz mehrerer lucrativen Erwerbsgründe gedenken. Ebensowenig läßt sich aus den übrigen vorjustinianischen Quellen etwas entnehmen, wenn man von einer bereits erwähnten, im Ganzen unbedeutenden Stelle bei Paulus [1]) absieht.

Dagegen führt die Betrachtung der Stellen aus den Schriften der juristischen Classiker, wie die Digesten uns dieselben überliefern, zu dem Resultat, daß unsere Rechtsregel aus der Volksansicht hervorgegangen ist [2]), und durch die Jurisprudenz, unter Einwirkung des Princips der aequitas, sich allmälig ausgebildet hat [3]); und Eine Aeußerung von Africanus [4]) darf die Vermuthung rechtfertigen, daß die Ansichten der römischen Juristen über die Allgemeingültigkeit jener Regel getheilt gewesen sind. Er sagt nämlich in

fr. 108 §. 4. D. de legat. I. (30.) (lib. 5 Quaestion.)

Stichum, quem de te stipulatus eram, Titius a te

---

1) Sent. Rec. Lib. IV. Tit. 1. §. 1.

2) Dafür spricht auch die angegebene Auffassung der Regel bei Theophilus, sowie in §. 6. J. de legat. cit. S. diesen §. a. E.

3) Vgl. oben S. 10 Not. 2. 4.

4) Ueber dessen wahrscheinliches Zeitalter vergl. Zimmern, Rechtsgeschichte I. §. 94.

herede mihi legavit: si quidem *non ex lucrativa causa stipulatio intercessit*, utile legatum esse, *placebat: sin e* [*ex* [1])] *duabus*, tunc *magis placet*, inutile esse legatum. etc. [2])

Der Ausdruck „magis placet" deutet nämlich, besonders im Gegensatz zu dem vorhergehenden bestimmten „placebat", auf eine Verschiedenheit der Ansichten über die auflösende Wirkung des c. d. c. l. hin, deren eine, welche sich für dieselbe entscheidet, als die überwiegende bezeichnet wird.

Auf jeden Fall hatte sich unsere Regel zur Zeit Justinian's, und zwar auf dem Wege der Ueberlieferung (Tradition) vollkommen festgestellt, wie die Worte in §. 6. J. de legat. cit. zeigen: *nam traditum est*, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse.

Dieß wird denn auch nicht nur durch die vorhin angegebene Auffassung der Regel als *κανών* bei Theophilus bestätigt, sondern die Aufnahme der so zahlreichen Digestenstellen, welche über den c. d. c. l. Bestimmungen enthalten, stellt auch die unbestrittene Anerkennung desselben im justinianischen Recht außer

---

1) Nach der **Haloandr. Geb. Sp. ad h. l. not. 19.**

2) Die nähere Erklärung dieser Stelle wird weiter unten folgen.

allem Zweifel. Darum wird die rechtliche Existenz unserer Regel in neuerer Zeit allgemein zugegeben [1]).

Zweite Abtheilung.

Begriff und Voraussetzungen des *concursus duarum causarum lucrativarum* im eigentlichen Sinne der Quellen.

---

§. 3.

Der Grundsatz des römischen Rechts über die Aufhebung der Obligationen wegen des concursus duarum causarum lucrativarum läßt sich im Allgemeinen dahin feststellen: Wenn Eine Person, als Gläubiger, dieselbe Sache (*species*) aus zwei oder mehreren lucrativen Erwerbsgründen zu fordern hat, so erlöschen die übrigen Forderungen, sobald der Gläubiger aus Einem dieser Gründe die Sache selbst ganz und unwiderruflich zum Eigenthum erhalten hat.

Die Aufhebung der anderen Forderungen geschieht ipso jure, gleichwie durch solutio [2]).

---

1) Thibaut a. a. O.

2) In den Quellen kommen verschiedene Ausdrücke vor, um

Der eben angegebene Begriff ergibt sich aus mehreren Gesetzesstellen, welche die aufhebende Wirkung des c. d. c. l. ausdrücklich als eine generelle Rechtsregel bezeichnen. Als solche Hauptstellen werden seit Donellus[1]) gewöhnlich drei aufgeführt; nämlich[2]):

§. 6. J. de legat. (2, 20.)

Si res aliena legata fuerit, et ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit: si quidem *ex causa emtionis*[3]), ex testamento actione pretium consequi potest: *si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest: nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse.* —

sodann der Ausspruch von Julianus in

fr. 17 D. de O. et A. (44, 7.)

Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa

---

die aufhebende Wirkung des c. d. c. l. zu bezeichnen; nämlich: evanescere, extingui, infirmari: fr. 83 §. 6. D. de V. O. (45, 1.) fr. 21 §. 1. D. de legat. III. (32.); ebenso perimi: fr. 98 pr. D. de V. O. (45, 1.)

1) l. c. §. 2.

2) So noch bei dem neuesten Schriftsteller, Roßhirt, Zeitschrift S. 25 Not. 36—38.

3) Darüber s. §. 4. unten.

debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset. —

und endlich die Entscheidung des Paulus in

fr. 61 D. de solutionibus (46, 3.)

In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit, et tibi nihil absit, nec quod solutum est, repeti possit, competit liberatio [1]).

Mit diesen Quellenzeugnissen kann noch eine vierte Stelle aus den Schriften des Paulus verbunden werden, welche die Regel über die Wirkungen des c. d. c. l. ebenso allgemein ausdrückt:

fr. 83 §. 6. pr. D. de V. O. (45, 1.)

Si rem, quam ex causa lucrativa stipulatus sum, nactus fuero ex causa lucrativa, evanescit stipulatio etc. —

Nach dieser Aufstellung des gesetzlichen Begriffs von dem concursus duarum causarum lucrativarum gehen wir sofort zur Aufzählung der einzelnen Requisite eines solchen Zusammentreffens mehrerer lucrativer Erwerbsgründe über, durch deren Erörterung das, was bis jetzt nur im Allgemeinen angedeutet werden

---

1) Daß diese Stelle, welche auf den ersten Blick allgemeiner scheinen könnte, sich in der That speciell auf unsere Lehre bezieht, wird sich weiter unten §. 5. a. E. und §. 6. zeigen.

konnte, in seinen Einzelnheiten genauer entwickelt und bestimmt werden muß.

Diese Erfordernisse sind:

I. Es müssen mehrere wirklich **lucrative** Erwerbsgründe concurriren.

Als Beispiel einer causa lucrativa führt der erwähnte §. 6. J. de legat. bei Gelegenheit jenes concursus zwar ausdrücklich

1) nur die Schenkung an; Justinian läßt aber die nämliche Vorschrift auch bei jedem andern ähnlichen Erwerbsgrund gelten, verb.: veluti ex donatione, *vel ex alia simili causa.* Als eine solche similis causa erscheint nun schon nach §. 6. J. cit.

2) das Legat[1], welches auch noch in anderen Gesetzesstellen bei Gelegenheit unseres Grundsatzes für einen lucrativen Erwerbsgrund erklärt wird[2]; ebenso

3) das Fideicommiß[3]; was sich nach der Ver-

---

1) §. 1. J. de legat. (2, 20.) Legatum est *donatio quaedam* a defuncto relicta, ab herede praestanda. fr. 36 D. de legat. II. (31.) Roßhirt, Lehre von den Vermächtnissen. I. S. 448—451.

2) fr. 108 §. 4. D. de legat. I. (30.) fr. 82 pr. i. f. §. 4. D. de legat. I. (30.) fr. 73 D. de legat. II. (31.) vergl. mit fr. 116 pr. D. de legat. I. (30.) fr. 4 §. 29. 31. D. de doli mali except. (44, 4.)

3) fr. 21 §. 1. D. de legat. III. (32.) Paul. Sent. Rec.

schmelzung der Legate und Fideicommisse im neueren römischen Recht[1]) schon von selbst versteht.

4) Nicht minder wird auch die *hereditas* bei unserer Regel im Allgemeinen als eine causa lucrativa betrachtet[2]):

fr. 83 §. 6. D. de V. O. (45, 1.) (Paulus.)

Si rem, quam *ex causa lucrativa stipulatus sum*,

Lib. IV. Tit. I. §. 1. Roßhirt, Vermächtnißlehre S. 451 oben.

1) const. 21 C. de legat. (6, 37.) (Constantinus, Constantius et Constans. 339.) const. 2 C. comm. de legat. (6, 43.) §. 3. J. de legat. (2, 20.) fr. 1 D. de legat. I. (30.)

2) const. unica C. de impon. lucrat. descript. (10, 35.) S. 23 Not. 2. unten. Der Grund, warum die hereditas zu den lucrativen Erwerbsgründen gerechnet wird, liegt darin, weil sie als eine Universalsuccession in das Vermögen des Erblassers erscheint [fr. 24 D. de V. S. (50, 16.) fr. 62 D. de R. J.]; und, wenn auch vermöge der Repräsentirung des Verstorbenen durch den Erben der letztere alle Schulden des Erblassers zu zahlen hat, welche das Activvermögen übersteigen können [fr. 119 D. de V. S.]; so nimmt das römische Recht doch im Allgemeinen an, daß eine Erbschaft, die einen Erben gefunden hat, nicht überschuldet sei, und demnach einen Vortheil für den Erben enthalte: fr. 36 D. de bonis libertor. (38, 2.) (Javolenus.) verb.: quia *solvendo hereditas est,* quae inveniat heredem. — fr. 3 pr. D. ad leg. Falcid. (35, 2.) Vergl. auch fr. 2 §. 1. i. f. D. si quis om caus. test. (29, 4.) und Retes l. c. Nr. 3. 4. 5.

nactus fuero *ex causa lucrativa, evanescit stipulatio: sed si heres extitero domino, extinguitur stipulatio.* Si vero a me herede defunctus eam legavit, potest agi ex stipulatu. Idemque esse, et si sub conditione legata sit, quia et si ipse debitor rem sub conditione legatam dedisset, non liberaretur: *sed si conditione deficiente remanserit, petitio infirmabitur* [1]).

5) Ebenso kann hier auch die Ersitzung als eine causa lucrativa angesehen werden:

argum.: fr. 82 §. 1. D. de legat. I. (30.) (JULIANUS.)

Si ex bonis ejus, qui reipublicae causa aberat, *rem usu acquisierim, et ea, antequam evinceretur, mihi legata sit, deinde postea evincatur:* recte ex testamento petam, eam mihi dare oportere. — [2]) namentlich, wenn man diesen §. mit dem Zusammenhange des ganzen Gesetzes in gehörige Verbindung bringt.

6) Es unterliegt indessen keinem Zweifel, daß jedes solche Zusammentreffen mehrerer Erwerbsgründe, in so fern und in so weit dieselben nur als wirklich

---

1) Vgl. fr. 108 §. 5. D. de legat. I. (30.) — Ueber diese, sowie über manche andere der früher angeführten Stellen, wird weiter unten das Nähere folgen.

2) SCHRADER ed. Inst. ad §. 6. J. de legat. verb.: *ex alia simili causa.* Roßhirt, Vermächtnißlehre S. 450 Not. 1. Das Weitere unten §. 5. pos. 3. b. a. E.

lucrativ sich darstellen[1]), unter die gleichen Gesichtspunkte fällt, wie die in unseren Quellen besonders hervorgehobenen Fälle; z. B. daß bei der mortis causa donatio das Nämliche gelten muß, wie bei dem Legat[2]).

Auch braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß die Vorschrift über den c. d. c. l. nicht bloß bei dem Zusammentreffen mehrerer lucrativen Erwerbsgründe der gleichen Art, z. B. mehrerer Schenkungen, Le-

---

1) Vergl. z. B. fr. 82 §. 2. D. de legat. I. (30.) SCHRADER edit. Instit. ad §. 9. J. de legat. verb.: *usus fr. ad eum perven.* und unten pos. 8. Roßhirt, Vermächtnißlehre S. 450 pos. e.

2) Als allgemeiner Leitfaden kann hier die Vorschrift der const. unic. C. de impon. lucrativa descript. (10, 35.) (THEOD. et VALENT. ad Apollon. P. P. 422) dienen, verb.: Lucrativas vero res eas tantum volumus appellari, — quae *hereditatis, legati, fideicommissi jure, mortis causa donationis,* vel *cujuslibet postremae voluntatis arbitrio* ad quempiam delabuntur. Inter vivos etiam *donatio simplici liberalitate confecta,* lucrativae merebitur nomen et sarcinam. BRISSONIUS de V. S. s. v. Lucrativa causa. SCHRADER l. c. Dagegen versteht sich wieder von selbst, daß auch die in den Quellen bei dem c. d. c. l. ausdrücklich als lucrativ bezeichneten Rechtsgeschäfte im einzelnen Falle nur dann, und nur in so weit als solche in Betracht kommen, als sie einen reinen Gewinn für den Gläubiger enthalten; was in der folgenden Untersuchung sich noch genauer zeigen wird.

gate ꝛc., sondern auch bei der Concurrenz von verschiedenartigen causis lucrativis eintritt, wie bei dem Zusammentreffen von Schenkung und Legat derselben Sache bei Einem Gläubiger ꝛc.

7) Wenn dagegen eine causa *non* lucrativa mit einer causa lucrativa concurrirt, so bestehen sie beide ungeschmälert neben einander, einerlei, ob die species zuerst in Folge des lucrativen, oder des onerosen Erwerbsgrundes Eigenthum des Gläubigers geworden ist[1]:

fr. 19 D. de O. et A. (44, 7.) (Julianus.)

verb.: porro cum creditor vel emtor *ex lucrativa causa rem habere coeperit*, nihilominus integras actiones retinent: sicut ex contrario, *qui non ex causa lucrativa rem habere coepit*, eandem non prohibetur ex causa lucrativa habere[2]).

8) Es ist indessen zum c. d. c. l. nicht nöthig, daß die mehreren zusammentreffenden Erwerbsgründe rein lucrativer Natur sind, sondern unsere Regel gilt auch, sowohl nach der Natur der Sache, als nach speciellen positiven Vorschriften, wenn die causae einen gemisch-

1) Majansius l. c. §. 9.

2) fr. 13 §. 15. fr. 10 D. de A. E. V. (19, 1.) fr. 9 D. de eviction. (21, 2.)

ten Charakter haben: theils lucrativer, theils oneroser Art sind.

Die eine Forderung ex causa lucrativa erlischt nämlich, wenn man die species in Folge der anderen, so weit dieselbe als ein lucrativer Erwerbsgrund erscheint, erhalten hat; in Beziehung auf das Uebrige bleiben dagegen beide Forderungen neben einander bestehen. Als Belege können hier, statt vieler[1]), nur folgende Gesetzesstellen angeführt werden:

fr. 13 §. 15. D. de A. E. V. (19, 1.) (Ulpianus.)

Si fundum mihi alienum vendideris, et hic ex causa lucrativa meus factus sit, nihilominus ex emto mihi adversus te actio competit.

verglichen mit

fr. 34 §. 7 u. 8. D. de legat. I. (30.) (Ulpian.)

(§. 7.) Quod si rem emissem mihi legatam, *usque ad pretium*, *quod mihi abest*, competet mihi ex testamento actio[2]). (§. 8.) Et multo magis hoc dicendum

---

1) Vgl. im Allgem. fr. 9 D. de evictione (21, 2.) fr. 39 §. 2. fr. 84 §. 5. fr. 108 §. 6. D. de legat. I. (30.) §. 6 pr. §. 9. J. de legat. (2, 20.) fr. 29 D. de A. E. V. (19, 1.) Donell. l. c. §. 8. Majansius l. c. §. 9 sqq. Retes l. c. pag. 410.

2) Es muß also der gezahlte Kaufpreis erstattet werden fr. 102 §. 2. D. de legat. III. (32.) und die vorige Note. Roßhirt, Vermächtnißlehre I. S. 448 Not. 4.

est, si duobus testamentis mihi eadem res legata sit, sed alter me restituere rogaverit, vel ipsam rem, vel aliud pro ea, aut si sub conditione legasset dandi quid pro ea[1]: *nam hactenus mihi abesse res videtur, quatenus sum praestaturus.*

und

fr. 82 §. 2 u. 3. D. eod. (Julianus.)

(§. 2.) Fundus mihi legatus est: proprietatem ejus fundi redemi, detracto usufructu: postea venditor capite minutus est, et ususfructus ad me pertinere coepit: si ex testamento egero, judex tanti litem aestimare debebit, *quantum mihi aberit*[2]. (§. 3.) Marcellus: idem erit, *et si partem redemero, pars mihi legata est, aut donata: partem enim duntaxat petere debebo*[3].

9) Aus dem Bisherigen geht auch weiter hervor,

---

1) Ueber diese Fälle das Nähere unten §. 5.

2) Damit stimmt überein §. 9. J. de legat. (2, 20.) Si cui fundus alienus legatus fuerit, et emerit proprietatem detracto usufructu, et ususfructus ad eum pervenerit, et postea ex testamento agat: recte eum agere, et fundum petere Julianus ait, quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet, *sed officio judicis contineri, ut deducto usufructu jubeat aestimationem praestari.* Schrader ad h. l. Roßhirt, Vermächtnißlehre S. 449 Not. 1. und die daselbst allegirten Schriften.

3) Majansius l. c. §. 8—10. fr. 4 §. 14. D. de manumission. (40, 1.)

daß, wenn man aus einem der lucrativen Erwerbsgründe weniger erhalten hat, als der andere in sich begreift, das Mehr des letzteren gefordert werden kann, während, wenn umgekehrt der erstere das Mehr oder das Ganze, der letztere das Mindere oder den Theil enthält, die andere Forderung immer ganz erlischt; weil das minus im plus, der Theil im Ganzen enthalten ist, aber nicht umgekehrt[1]:

fr. 56 §. 7. D. de V. O. (45, 1.) (Julianus.)

Si a te stipulatus fuero fundum Sempronianum, deinde eundem fundum detracto usufructu ab alio stipulor: prior stipulatio non novabitur: quia nec solvendo fundum detracto usufructu liberaberis, sed adhuc a te recte fundi usumfructum peterem. Quid ergo est? *cum mihi fundum dederis, is quoque liberabitur, a quo detracto usufructu, fundum stipulatus fueram*[2].

in Verbindung mit

fr. 58 D. eod. (Julianus.)

---

1) fr. 113 D. de R. J. fr. 7 pr. D. de except. rei judicat. (44, 2.) fr. 76 pr. D. de R. V. (6, 1.) fr. 1. §. 4. D. de V. O. (45, 1.)

2) fr. 126 §. 1 D. eod. (45, 1.) fr. 36 §. 1. D. de usufructu (7, 1.) — Ueber das „detrahere oder deducere usumfructum" vgl. auch Fragm. Vat. §. 47. 50. 78. 80. 82.

Qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei, *qui partem fundi stipulatur, deinde totum:* quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur. Et e contrario qui fundum stipulatus est, deinde usumfructum: similis est ei *qui totum stipulatur, deinde partem.* Sed qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit: sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit. Item si quis fructum, deinde usum stipulatus fuerit, nihil agit. etc.[1])

10) Nach dieser Entwickelung ist es denn auch leicht klar, daß bei der Concurrenz mehrerer an sich lucrativen Erwerbsgründe, die Forderungen neben einander bestehen (die eine die andere nicht aufhebt), wenn die eine inexigibel ist, wegen Insolvenz des *debitor*, weil eben diese eine Forderung dem Gläubiger keinen wirklichen Gewinn bringen kann:

fr. 108 §. 6. D. de legat. I. (30.) (Africanus.)

Item si domino heres extitero, qui non esset solvendo, cujus fundum tu mihi dare jussus esses, manebit tua obligatio, sicut maneret, si eum fundum emissem [2]).

11) Aus gleichem Grunde muß natürlich der c. d. c. l. cessiren, wenn eine dieser *causae* aus irgend

---

1) fr. 9 §. 2. D. de novation. (46, 2.)

2) Cujac. Tractat. ad African. ad l. c.

einer Ursache ungültig ist, oder soweit die Ungültigkeit derselben reicht, Falls sie nur auf einen Theil des Erwerbsgrundes sich erstreckt:

fr. 109 pr. D. de legat. I. (30.) (AFRICANUS.)

Si quando quis uxori suae ea, quae vivus donaverat, vulgari modo leget, non de aliis donationibus videri eum sentire ait, quam de his, *quae jure valiturae non sunt. Alioquin et frustra legaturus sit:* atque si ita exprimat, *quae uxori jure donavero*[1]), vel ita, *quae uxori manumissionis causa donavero, ea ei lego: nam inutile legatum futurum est*[2]).

Hier gilt also das Legat nur insoweit, als die donatio inter virum et uxorem ungültig ist; so weit die letztere aber rechtlich gültig erscheint, ist das legatum inutile wegen des c. d. c. l.

12) Auf der andern Seite tritt aber eine solche Concurrenz lucrativer Erwerbsgründe nicht bloß dann ein, wenn dieselben unbedingt sind, sondern, wie sich schon von selbst versteht, auch dann, wenn einer derselben anfänglich bedingt war, sobald

---

1) Vgl. im Allgemeinen des Verf. Versuche im Gebiete des Civilrechts. Thl. 1. Nr. I. §. 44. und fr. 77 §. 17. D. de legat. II. (31.)

2) RETES l. c. Lib. VIII. cap. ult. MAJANS. l. c. §. 17. i. f.

nur die *conditio* eingetreten ist[1]), und der Gläubiger in Folge eines dieser nunmehr unbedingten Erwerbsgründe die Sache zum Eigenthum erhalten hat; sowie natürlich auch die bedingte causa lucrativa erlischt, wenn der creditor aus der andern unbedingten das Eigenthum der Sache erworben:

fr. 98 pr. D. de V. O. (45, 1.) (Marcellus.)

verb.: aut si hoc verum non est, et alienum fundum sub conditione stipulatus fuero, isque ex lucrativa causa meus esse coeperit, *confestim perimeretur stipulatio.* etc.

Zur Vollständigkeit der Erörterung des bisher entwickelten ersten Requisits unserer Rechtsregel können noch zwei Punkte hervorgehoben werden:

13) Zunächst, daß das Versprechen oder Geben einer *dos* in Beziehung auf den Ehemann nicht als eine causa lucrativa nach den Gesetzen zu betrachten ist, wie die Digesten, mit besonderer Rücksicht auf unseren Grundsatz, deutlich aussprechen in

fr. 19 D. de O. et A. (44, 7.) (Julianus.)

Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa

---

1) Wenn dagegen die Bedingung bei der Einen causa lucrativa deficirt, so hängt damit nothwendig die Aufhebung des c. d. c. l. zusammen: argum. fr. 82 pr. D. de legat. I. (30.) §. 5. pos. 3. b. unten.

esse: sed quodammodo creditor aut emtor intelligitur, qui dotem petit: porro cum creditor vel emtor ex lucrativa causa rem habere coeperit, nihilo minus integras actiones retinent. etc.[1])

Der Grund dieser Vorschrift wird angegeben von Marcianus in

fr. 8 §. 13. D. quib. mod. pignus (20, 6.)

verb.: Quodsi in dotem dederit, vendidisse in hoc casu recte videtur *propter onera matrimonii.* etc.[2]); womit Pomponius übereinstimmt in

fr. 47 pr. D. mandati (17, 2.)

verb.: quia intelligitur abesse ei pecunia, eo quod onera matrimonii sustineret.

Dagegen betrachtet, wie bekannt, das römische Recht die dos als ein Geschenk zu Gunsten der Ehefrau:

const. 20 C. de donat. ante nupt. (5, 3.) (JUSTINIAN.)

verb.: Ideo enim et antiqui juris conditores inter donationes etiam dotes connumerant.

const. 31 pr. C. de jure dotium (5, 12.) (JUSTINIAN. 530.)

---

1) DONELLUS l. c. §. 6. CUJAC. Observat. XXV, 25. MAJANSIUS l. c. §. 1.

2) fr. 7 pr. D. de jure dotium (23, 3.) const. 20 C. eod. (5, 12.) fr. 5 §. 5. D. de doli except. (44, 4.) fr. 25 §. 1. i. f. D. quae in fraudem creditor. (42, 8.)

verb.: sed in omni persona ratas esse hujusmodi *donationes*.

fr. 33 i. f. D. de jure dotium (23, 3.) (ULPIAN.)

verb.: quod alius, *scilicet donaturus*, ejus periculo ait, cui adquiritur: adquiri autem *mulieri* accipiemus, ad quam rei commodum respicit.

Fragment. Vat. §. 305. Item excipit (PAULUS.)[1] „si quis mulieri virginive cognatus dotem conferre volet." Igitur quocumque gradu cognatus dotis nomine *donare* potest[2].

Aus diesem Grunde kann denn auch in Beziehung auf unseren Grundsatz unter den gehörigen Voraussetzungen in dem Versprechen oder der Bestellung einer dos eher bei der Frau, als dem Manne, eine causa lucrativa angenommen werden[3].

---

1) d. h. von dem Verbot der Schenkungen durch die Lex Cincia de donationibus.

2) Vgl. auch PAUL. S. R. Lib. IV. Tit. 1. §. 1. fr. 77 §. 12. i. f. D. de legat. II. (31.) fr. 9 §. 1. D. de jure dotium. (23, 3.) u. im Allg. fr. 4. D. de dotis collat. (37, 7.) const. unic. C. de rei uxor. act. (5, 13.) vergl. mit const. 7 pr. i. f. Cod. Theod. de testam. (4, 4.) CUJAC. Observat. III, 16. RETES l. c. Lib. VIII cap. ult. i. f. Hasse, Güterrecht der Ehegatten ꝛc. I. S. 214 ff. S. 383 ff.

3) Damit stimmt die Glosse zu fr. 19 D. de O. et A. cit. überein: Dos non est lucrativa causa marito, quia datur

14) Der letzte hier zu erörternde Punkt betrifft die Frage: ob in dem Falle, wenn ich eine Sklavin, oder ein Mutterthier gekauft habe, das Sklavenkind oder das Junge, welches die Mutter später geboren hat, *ex causa lucrativa* oder *onerosa* erworben werde[1]? Die Entscheidung dieser Frage ist für unsere Untersuchung darum wichtig, weil, wenn der partus oder das Junge aus einem lucrativen Erwerbsgrunde mein Eigenthum geworden ist, eine andere causa lucrativa, welche dieselbe Sache zum Gegenstand hat, z. B. ein Legat des Sklavenkindes oder des Jungen, wegen des c. d. c. l. erlischt, während das Legat bestehen bleibt, wenn man einen onerosen Erwerb annimmt.

Hier entscheiden sich nun aus nahe liegenden Gründen drei römische Juristen für die causa onerosa:

fr. 82 §. 4. D. de legat. I. (30.)

Julianus: quod si legatum mihi est quod ex Pamphila natum erit, ego Pamphilam mercatus sum, et ea apud me peperit[2]: non possum videri partum ex

ad onera matrimonii: *secus in uxore*. Vergl. auch des Verf. Schrift: Ueber bedingte Traditionen ꝛc. S. 125 Not. 2.

1) Dasselbe gilt natürlich von einem jeden organischen Erzeugniß einer Sache.

2) Vgl. auch fr. 7 §. 1. D. de except. rei judicatae (44, 2.)

causa lucrativa habere: quia matrem ejus mercatus sum: argumentum rei est, quod evicto eo actio ex emto competit.

fr. 73 D. de legat. II. (31.) (Papinianus.)

Si quod ex Pamphila nascetur, legatum mihi fuerit, et ego Pamphilam emam, eaque apud me sit enixa: ratione summa responsum est, non ex causa lucrativa partum intelligi meum factum: *ideoque petendum ex testamento, tanquam istum emissem: ut scilicet, pretii contributione facta, consequar tantum, quanti puerum, deducta matris aestimatione, constitisse mihi, judex in causa legati datus aestimaverit.*

fr. 12 §. 18. D. de captiv. et postlimin. (49, 15.) (Tryphoninus.)

Si natum ex Pamphila legatum tibi fuerit, tuque matrem redemeris, et ea apud te pepererit: non videri te partum ex causa lucrativa habere: sed officio arbitrioque judicis aestimandum, constituto pretio partus, *perinde atque si, quanto mater est emta, simul et partus venisset.* etc. [1])

§. 4.

II. Ein weiteres Erforderniß des c. d. c. l. ist, daß die mehreren lucrativen Erwerbsgründe

1) Majansius l. c. §. 7. i. f. Retes l. c. Nr. 41.

in Einer Person, als *creditor*, zusammentreffen [1]).

Dieses Requisit gehört so nothwendig zur Natur unseres Grundsatzes, und wird so deutlich in unseren Quellen ausgedrückt [2]), daß dasselbe keiner weiteren Ausführung oder Begründung mehr bedürfen möchte, wenn nicht zwei Punkte, welche hier eingreifen, eine besondere Betrachtung verdienten.

Der erste ist: Bei der Concurrenz der mehreren lucrativen Erwerbsgründe in der Person Eines Gläubigers wird die Identität des Gläubigers in der vollen Strenge des Worts genommen [3]), so daß nicht einmal dann die obligatio wegen des c. d. c. l. aufhört, wenn dasjenige, was der dominus von A. aus einer causa lucrativa, z. B. als Legat, zu fordern hat, dem Sklaven desselben von B. geschenkt wird ꝛc.; namentlich nicht dann, wenn dem Herrn unbekannt war, daß er das Eigenthum an der Sache bereits durch den Sklaven erworben habe:

fr. 108 §. 1. D. de legat. I. (30.) (Africanus.)

Si id, quod ex testamento mihi debes, quilibet

---

1) Donell. l. c. §. 9. Majans. l. c. §. 7.

2) Vgl. hauptsächlich die im Anfang des §. 3. allegirten Gesetzesstellen.

3) Schrader ad §. 6. J. de legat. verb.: *in eundem hominem.*

alius servo meo donaverit: manebit adhuc mihi ex testamento actio: et maxime si ignorem meam factam esse: alioquin consequens erit, ut etiam si tu ipse servo meo eam donaveris, invito me libereris: quod nullo modo recipiendum est: quando ne solutione quidem invito me facta libereris [1]).

Der Grund dieser Entscheidung des Africanus liegt nach der Gesetzesstelle selbst darin, daß hier der lucrative Erwerb durch den Sklaven wegen der aufhebenden Wirkung des c. d. c. l. zugleich den Verlust der anderen Forderung aus einer causa lucrativa, also eine Veräußerung [2]), zur Folge hat; ebenso, wie die Annahme der solutio den debitor von der entsprechenden Verpflichtung befreit, und dadurch dem creditor ein Vermögensrecht entzieht [3]). Da nun die an den Sklaven des Gläubigers geschehene Zahlung den Schuldner nur dann liberirt, wenn der dominus die-

1) Cujac. Tractat. ad African. l. 108 §. 1. cit. Majans. l. c. §. 15.

2) argum. fr. 15 D. de solut. (46, 3.) §. 2. J. quib. alienare licet. (2, 8.)

3) Denn der c. d. c. l. hebt die concurrirende Forderung ebenso, wie die solutio, auf. Vgl. oben S. 17 Not. 2. und §. 12 unten.

selbe genehmigt hat[1]), so muß hier bei unserem concursus consequent dasselbe gelten; vorzüglich dann, wenn der dominus von dem Erwerb durch den Sklaven keine Kenntniß erhalten; weil sich in diesem Falle eine Einwilligung des Herrn in keiner Weise denken läßt; während die letztere schon eher dann angenommen werden könnte, wenn der dominus von dem Erwerb durch den Sklaven in Kenntniß gesetzt war, und dazu geschwiegen hat. Dagegen ist bekannt, daß in den Fällen, in welchen es sich um den reinen Erwerb eines Rechtes durch den Sklaven oder filius familias handelt, beinahe in allen Fällen die Einwilligung des dominus oder pater familias nicht erforderlich ist[2]); weil diese Personen dem Inhaber der potestas wohl Rechte erwerben, seine Lage verbessern, aber demselben Nichts an einem erworbenen Rechte entziehen, oder seine Lage verschlimmern können[3]).

---

1) const. 4. 12 C. de solution. (8, 43.) fr. 22. 49 D. eod (46, 3.)

2) fr. 32 D. de adquir. rer. domin. (41, 1.) §. 3. J. per quas personas (2, 9.) fr. 79 D. de adquir. vel omitt. hered. (29, 2.) fr. 62 D. de V. O. (45, 1.) fr. 34 §. 2. D. de adq. vel am. poss. (41, 2.)

3) fr. 22 D. de solution. (46, 3.) fr. 3 §. 4. D. quod quisque (2, 2.) const. 23 C. de pactis (2, 3.) vgl. mit fr. 30

Der zweite zu erörternde Punkt betrifft die Frage: ob die aufhebende Wirkung des c. d. c. l. nur dann eintritt, wenn die mehreren lucrativen Erwerbsgründe ursprünglich in der nämlichen Person, als creditor, entstehen; z. B. dem A. ist die Sache von dem B. legirt, und dieselbe Sache ist dem A. von dem C. geschenkt worden; oder ob auch dann ein c. d. c. l. Statt findet, wenn die Eine dieser causae lucrativae erst durch Succession auf den jetzigen Gläubiger übergegangen ist; z. B. dieselbe species war dem Erblasser legirt und dem Erben ist sie geschenkt worden[1]).

Hier könnte in Beziehung auf den letzten Theil der Frage Eine Digestenstelle Bedenken erregen; nämlich der Ausspruch des Julianus in fr. 18 D. de O. et A. (44, 7.) Dieses Fragment steht in einem unverkennbaren Zusammenhange mit dem unmittelbar vorhergehenden fr. 17, und dem unmittelbar darauf folgenden fr. 19, und alle diese Stellen sind aus Einem Werke desselben Juristen entlehnt. Das in dem Früheren mehrfach erwähnte fr. 17 bezieht sich offenbar auf den c. d. c. l., und ist sogar Eine der Hauptstellen

D. eod. (2, 14.) const. 4 C. si aliena res pignori (8, 16.) const. 7 C. de reb. cred. (4, 1.)

1) Retes l. c. Nr. 42. vergl. mit fr. 93 pr. D. de solution (46, 3.)

für diesen Grundsatz; ebenso hat das gleichfalls schon im vorigen §. mitgetheilte fr. 19 eine nahe Beziehung zu unserer Lehre. — Zwischen diesen beiden steht nun in Justinian's Compilation das fr. 18, welches also lautet: Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres extiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur: si ex testamento Stichum petierit, non *consumet* stipulationem: et contra, si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit: *quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in judicium deducta, altera nihilo minus integra maneret.*

Zunächst könnte man zur Erklärung dieser Stelle und zur Vereinigung derselben mit der Vorschrift über den c. d. c. l. annehmen, daß Julianus hier unter der stipulatio ein Versprechen ex causa *non* lucrativa verstanden habe[1]; in welchem Falle von einem c. d. c. l. nicht die Rede sein könnte, wie in dem vorhergehenden §. näher gezeigt worden ist. Allein gegen diese Ansicht spricht entschieden die Zusammenstellung des fr. 18 mit fr. 17 und 19. Denn, wenn Julianus in fr. 18 nur die stipulatio im Allgemeinen erwähnt, während in anderen auf den c. d. c. l. bezüglichen

1) Dieser Auslegung des fr. 18 cit. gibt die Glosse den Vorzug.

Stellen[1]) ausdrücklich das Versprechen eine stipulatio ex lucrativa causa genannt ist, so zeigt doch der Zusammenhang mit fr. 17 und 19 eod., daß von onerosen Erwerbsgründen hier nicht die Rede sein kann; denn im fr. 17 ist die Regel über den c. d. c. l. ganz generell ausgesprochen; im fr. 19 wird ausdrücklich gesagt, daß die promissio dotis nicht als causa lucrativa zu betrachten sei, und zwischenein wird in fr. 18 die stipulatio in Verbindung mit einem ohne allen Zweifel lucrativen Erwerbsgrund (Legat) erwähnt. Hiernach hätte sicher, wenn unter der stipulatio ein oneroser Erwerbstitel verstanden werden sollte, dieß genauer bezeichnet werden müssen, wie es in fr. 19 bei der promissio dotis ausdrücklich geschieht. Da aber bei der stipulatio jede weitere Bezeichnung fehlt, so können wir dieselbe nur als eine causa lucrativa betrachten, wenn wir nicht den ganzen Zusammenhang der Stellen gewaltsam zerreißen wollen; zumal, da ja der Ausdruck stipulatio überhaupt in unseren Quellen so häufig gebraucht wird, um ein lucratives Versprechen zu bezeichnen.

Folgen wir nun aber der eben entwickelten Ansicht, so ist in fr. 18 cit. von einer Concurrenz zweier lucrativen Erwerbsgründe in Einer Person, als creditor,

---

1) z. B. in fr. 83 §. 6. D. de V. O. (45, 1.) von Paulus, in fr. 108 §. 4. D. de legat. I. (30.) von Africanus.

die Rede, ohne daß die eine causa lucrativa die andere aufhebt. Der Grund dieser, von unserer Regel scheinbar abweichenden Entscheidung des Juristen, könnte auf den ersten Blick, nach dem Schlusse der Stelle etwa darin gefunden werden, daß die beiden Obligationen deßhalb neben einander bestehen[1]), weil von Anfang an verschiedene Personen Creditoren waren; und daß eben deßwegen auch später keine derselben unwirksam wird, wenn sie beide in Einer Person sich vereinigt haben.

Somit könnte diese Stelle einen directen Widerspruch gegen die generelle Regel über den c. d. c. l. zu enthalten scheinen, oder mit anderen Worten: man könnte versucht werden, nur dann diese Regel anzunehmen, wenn die verschiedenen lucrativen Erwerbsgründe ursprünglich in derselben Person als creditor entstanden sind, nicht aber dann, wenn Einer derselben durch Succession auf ihn übergegangen ist[2]).

Allein bei genauerer Betrachtung läßt sich unsere Digestenstelle mit der Regel über den c. d. c. l. recht wohl vereinigen. Denn, wenn auch darin von dem

---

1) d. h. in der Art neben einander bestehen, daß durch das Anhängigmachen der Klage aus der einen obligatio die Klage aus der andern nicht aufgehoben wird.

2) Retes l. c.

Zusammentreffen zweier lucrativen Erwerbsarten in Einer Person die Rede ist, so enthält sie doch nicht den eigentlichen Fall, auf den der c. d. c. l. als Aufhebungsgrund einer obligatio Anwendung leidet. Sie bezieht sich nämlich auf die s. g. processualische Consumtion, wie auch der Ausdruck „non *consumet* stipulationem" im Gegensatz zu den Worten *„actionem* ex testamento *salvam habebit"* andeutet. Der Nachdruck ist auf das wiederholt vorkommende „petierit" in Verbindung mit den Schlußworten „ut altera *in judicium deducta*, altera nihilo minus integra maneret" zu legen; und, so verstanden, ist in der Stelle, ganz im Einklange mit generellen Proceßregeln, nichts Anderes vorgeschrieben, als, daß bei zwei, ihrem Fundament nach selbstständigen persönlichen Klagen, das Anhängigmachen (in judicium deducere) der einen die Anstellung der andern nicht ausschließe; was Paulus in

fr. 14 §. 2. D. de re judicata (44, 2.) so deutlich ausspricht: Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt: quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, *nec ulla earum alterius petitione vitiatur:* etc. [1]).

---

1) Das Nähere s. bei Keller, über Litiscontestation und Urtheil rc. S. 285 ff. vgl. mit §. 24. Vgl. auch MAJANS. l. c. §. 3.

Dagegen ist in fr. 18 cit. mit keiner Sylbe davon die Rede, daß, wenn man durch die eine Klage ex causa lucrativa den Sklaven Stichus bereits zum Eigenthum erhalten hat, man durch die andere Klage denselben Stichus noch einmal fordern könnte; was ja auch ohne-hin eine Unmöglichkeit wäre[1]). Und doch müßte man dieß annehmen, wenn man sich an die Worte streng anschließen wollte, da Julianus sagt: si ex testamento *Stichum* petierit — si ex stipulatu *Stichum* petierit. Ebenso wenig erwähnt das Gesetz die Forderung der aestimatio, nachdem der Gläubiger die species selbst ex causa lucrativa erhalten hat[2]). Darum entscheidet denn das fr. 18 cit. über unsere Hauptfrage gar Nichts. Es läßt sich daraus nur folgern, daß, wenn der creditor mit der einen Klage durch rechtskräftiges Urtheil abgewiesen worden ist ꝛc., die andere actio noch integra bleibt; also mit der exceptio rei judicatae nicht unwirksam gemacht werden kann.

Das ist aber nichts Singuläres für den Fall, wenn die Eine der causae lucrativae erst durch Succession auf den Gläubiger gekommen ist, sondern das Nämliche muß auch dann gelten, wenn beide Klagen

---

v. Vangerow, Leitfaden f. Pandekten-Vorlesungen. Bd. 1. Abthl. 1. S. 207 pos. h. und die dort allegirten Schriften.

1) fr. 159 D. de R. J.

2) Das Nähere darüber im folgenden §.

ursprünglich in der Person desselben creditor entstanden sind, sofern nur eine jede von Anfang an[1]) ein selbstständiges Fundament hat; denn in diesem Fundament allein liegt der Grund der im fr. 18 cit. angewendeten generellen processualischen Vorschrift.

Wenn aber, wie eben gezeigt worden ist, das fr. 18 cit. über die Wirkung des c. d. c. l. im eigentlichen Sinne keine Entscheidung enthält, so muß diese allein aus dem unmittelbar vorhergehenden fr. 17 entlehnt werden, welches gerade den Grundsatz der Unvereinbarkeit zweier lucrativen Erwerbsgründe ganz allgemein und deutlich ausspricht, ohne zwischen der ursprünglichen Entstehung und dem Uebergang der lucrativen Forderungen zu unterscheiden: *Omnes* debitores qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa *ad creditores pervenisset.*

Auch lassen sich nach dieser unserer Erklärung die drei auf einander folgenden Gesetzesstellen in einen ganz natürlichen Zusammenhang bringen. Das fr. 17 stellt die Rechtsregel über den c. d. c. l. allgemein auf; fr. 18 gibt an, daß in dem Falle, wenn man die species mit der einen Klage ex causa lucrativa bloß ver-

---

1) fr. 18 cit. verb.: quia *ab initio* ita constiterint hae duae obligationes etc.

langt hat, noch nicht die aufhebende Wirkung des c. d. c. l. eintrete, welche vielmehr nach fr. 17 erst dann vorhanden ist, wenn man diese Sache **wirklich** zum Eigenthum erhalten hat[1]). Das fr. 19 endlich fügt noch bei, daß die promissio dotis nicht als eine causa lucrativa in Rücksicht auf den Ehemann zu betrachten sei. — So erhalten alle diese Gesetzesstellen eine gemeinschaftliche Beziehung auf den c. d. c. l., ohne daß die eine mit der anderen in irgend einem Widerspruch steht.

§. 5.

III. Zu den bisher erwähnten Requisiten des c. d. c. l. kommt noch ein drittes, daß die mehreren lucrativen Erwerbsgründe dieselbe **bestimmte** Sache[2]) oder genauer, die nämliche *species*, zum Gegenstand haben.

Die meisten Gesetzesstellen gebrauchen den Ausdruck species selbst, oder führen beispielsweise eine bestimmte species, z. B. einen mit Namen bezeichneten Sklaven ꝛc. an[3]); andere dagegen sprechen von einer

---

1) Das Nähere im folgenden §.

2) Ob und in wie weit bei unbestimmten Gegenständen, namentlich bei einer Forderung in genere, der c. d. c. l. eintreten kann, muß weiter unten §. 9—11. näher erörtert werden.

3) z. B. fr. 17. 18 D. de O. et A. (44, 7.) fr. 108 §. 4. D. de legat. I. (30.) fr. 98 pr. D. de V. O. (45, 1.)

res im Allgemeinen; namentlich sagt §. 6. J. de legat.: duas lucrativas causas in eundem hominem et in *eandem rem* concurrere non posse[1]); während Paulus noch genereller den Gegenstand der obligatio durch die Worte: id quod tibi debeam, bezeichnet[2]). Alle diese allgemeineren Ausdrücke und Bezeichnungen können jedoch nach dem Zusammenhange der betreffenden Gesetzesstellen, in Verbindung mit den übrigen Quellenzeugnissen, ohne Zweifel nur von einer species verstanden werden.

Es genügt indessen zum c. d. c. l. nicht (wie schon im vorigen §. bemerkt worden ist), daß der Eine creditor dieselbe species in Folge mehrerer lucrativer Erwerbsgründe zu fordern hat, sondern eine solche Concurrenz der Obligationen mit der aufhebenden Wirkung für die Eine derselben tritt erst dann ein:

1) wenn der Gläubiger die bestimmte species selbst zum Eigenthum wirklich erhalten hat.

Die Quellen sagen dieß aufs Bestimmteste, indem sie sehr verschiedene Ausdrücke gebrauchen; z. B. cum ea species — ad creditores pervenisset[3]); si rem nactus

1) Vgl. auch fr. 83 §. 6. D. de V. O. (45, 1.)

2) fr. 61 D. de solution. (46, 3.)

3) fr. 17 D. de O. et A. (44, 7.)

fuero [1]; si dominus rei factus fuerit [2]; si ex lucrativa causa meus esse coeperit (fundus) [3]; fideicommissum relictum, et *apud eum*, cui relictum est, ex causa lucrativa *inventum* [4].

Mit welchem Moment nun das Eigenthum an der species auf den Gläubiger übergeht, muß sich natürlich jedesmal nach dem Charakter des fraglichen Rechtsgeschäfts bestimmen. So wird es bei Vermächtnissen [5]) der eignen Sache des Erblassers genügen, wenn dies legati cessit [6]), weil alsdann das Eigenthum an dem legirten Gegenstand ipso jure, oder, wie mehrere römische Juristen sich ausdrücken „recta via" [7]) auf den Honorirten übergeht, während bei Stipulationen zum Erwerb des Eigenthums, wie bekannt, noch die Uebergabe des versprochenen Gegenstandes erforderlich ist.

---

1) fr. 83 §. 6. D. de V. O. (45, 1.)

2) §. 6. J. de legat. (2, 20.)

3) fr. 98 pr. D. de V. O. (45, 1.) fr. 87 pr. D. de legat. II. (31.) fr. 82 §. 6. i. f. D. de legat. I. (30.)

4) fr. 21 §. 1. D. de legat. III. (32.)

5) Da diese überhaupt sich im neueren Recht völlig gleichgestellt sind.

6) fr. 1. 7. D. quando dies legator. (36, 2.) fr. 82 pr. D. de legat. I. (30.)

7) fr. 64 i. f. D. de furtis (47, 2.) (Neratius.) fr. 80 i. f. D. de legat. II. (31.) (Papinianus.) Vgl. auch fr. 3 §. 2. D. de legat. III. (32.)

In Beziehung auf den letzten Punkt könnte indessen der Ausspruch des Africanus in fr. 108 §. 4. D. de legat. I. (30.) vielleicht zu widersprechen scheinen. Der Jurist sagt nämlich: Stichum quem de te *stipulatus eram*, Titius a te herede mihi legavit etc., und läßt das Legat als inutile gelten, wenn die stipulatio eine lucrativa causa enthält. Aber auch hier hat Africanus nach dem Zusammenhange dieser Digestenstelle, sowie nach der Verbindung mit andern Quellenzeugnissen, sicher nicht den Grundsatz aufstellen wollen, daß die stipulatio ex lucrativa causa allein schon das Legat derselben species ungültig mache, sondern er hat auch hier den Fall sich so gedacht, daß das Legat erst dann inutile wird, wenn der creditor in Folge jenes Versprechens wirklich Eigenthümer der Sache geworden ist; obgleich der Ausdruck nicht ganz genau erscheint. Das Gesagte wird durch den Schluß der Stelle außer Zweifel gesetzt, verb.: quia nec *absit* quicquam, nec bis eadem res *praestari* possit.

2) Der creditor muß die species, welche den Gegenstand der mehreren lucrativen Erwerbsgründe bildet, aus Einem derselben ganz und vollständig erhalten haben. Dafür spricht schon der allgemeine Grund, daß die auf eine bestimmte species gerichtete obligatio erst dann gehörig erfüllt ist, wenn der Gegenstand der Forderung vollständig geleistet worden; was

daran fehlt, kann deßhalb nachgefordert werden, wie schon ein Rückblick auf das im §. 3. Gesagte zeigt. Doch fehlt es auch nicht an speciellen gesetzlichen Belegen, indem mehrere Digestenstellen als Grund für den c. d. c. l. mit seiner vernichtenden Wirkung in Beziehung auf die Eine der Obligationen ausdrücklich anführen: „quia nec absit quicquam" [1]), oder, „et tibi nihil absit" [2]).

3) Die species muß aus dem lucrativen Erwerbsgrund ganz und unwiderruflich Eigenthum des Gläubigers geworden sein [3]).

Auch dieses Requisit folgt aus allgemeinen Gründen; denn nur das kann ich wirklich als mein Eigenthum betrachten, nur das ist mir der That nach zugekommen, was ich dauernd behalten kann [4]). Ebenso

1) fr. 108 §. 4. i. f. D. de legat. I. (30.) Ueber die weitere Bedeutung des Ausdrucks „abesse" unten S. 57 das Nähere.

2) fr. 61 D. de solut. (46, 3.) fr. 31 §. 1. pr. D. de reb. cred. (12, 1.) fr. 34 §. 7. i. f. D. de legat. I. (30.) und die in den folgenden Noten allegirten Gesetzesstellen im Allgemeinen.

3) fr. 82 pr. D. de legat. I. (30.) (JULIAN.) verb.: sed ita, si eo modo fuerit ejus, quo avelli non possit etc. Vgl. auch fr. 4 §. 12. D. de usurpat. et usucap. (41, 3.)

4) fr. 108 §. 5. D. de legat. I. (30.) verb.: quia non sum habiturus etc. fr. 139 §. 1. D. de R. J. (GAJUS.) Non

lassen sich eine Reihe von generelleren und specielleren Gesetzesstellen zur Nachweisung des erwähnten Erfordernisses für unsere Rechtsregel anführen:

fr. 71 pr. D. de V. S. (50, 16.) (ULPIAN.)

Aliud est *capere*, aliud *accipere*. *Capere*, cum effectu accipitur 1): *accipere*, etsi quis non accepit, ut habeat: ideoque non videtur quis *capere*, quod erit restituturus 2): sed *pervenisse* 3) proprie illud dicitur, quod est remansurum 4).

womit sich verbindet der Ausspruch von Paulus in

fr. 61 D. de solut. (46, 3.)

---

videtur perfecte cujusque id esse, quod ex causa auferri potest. fr. 51 eod. Vgl. auch fr. 13 §. 2. D. de V. S. (50, 16.)

1) Fragm. Vat. §. 298. i. f. §. 309. i. f. fr. 7 §. 1. D. ad leg. Jul. repetund. (48, 11.) u. a. m. Daher auch usu*capio.* Vgl. im Allgem. GAJUS II. §. 44 sqq.

2) fr. 51 D. de R. J. (GAJUS.) Non videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alii restituere. vgl. mit fr. 139 §. 1. D. eod. fr. 42 D. de legat. II. (31.) fr. 16 §. 15. D. ad Sctum Trebell. (36, 1.) GAJ. II. §. 286. 225 sqq. BRISSON. de V. S. s. v. *capax.*

3) Gerade der Ausdruck, welcher in den Quellen auch bei dem c. d. c. l. oben im Anfang des §. gebraucht wird.

4) fr. 164 §. 2. D. de V. S. (ULPIAN.) *Habere*, sicut *pervenire,* cum effectu accipiendum est. fr. 171 eod. fr. 50 §. 1. D. de V. O. (45, 1.) DONELL. l. c. §. 2. i. f. VINNII comment. l. c. Nr. 2. BRISSON. de V. S. s. v. *pervenire.*

In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, *ad te pervenit* 1), — nec quod solutum est *repeti possit*, competit liberatio.

Nach dieser allgemeinen so natürlichen Vorschrift treten die Voraussetzungen für den c. d. c. l. nicht ein:

a) wenn die Sache, welche der Gläubiger in Folge des Einen lucrativen Erwerbsgrundes erhalten hat, wieder ganz oder theilweise an einen Andern restituirt werden muß 2). Dafür sprechen theils schon die vorhin angeführten Gesetzesstellen, theils in besonderer Beziehung auf Legate

fr. 108 §. 5. D. de legat. I. (30.) (Africanus.)

Sed si cum mihi ex testamento Titii Stichum deberes, eundem a te herede Sempronius mihi legaverit, fideique meae commiserit, *ut eum alicui restituam*, legatum *utile* erit 3): *quia non sum habiturus*. Idem

---

1) Der Ausdruck pervenire in der eigentlich juristischen Bedeutung nach fr. 71. 164 §. 2. D. de V. S. citt., würde schon an sich das bezeichnet haben, was Paulus in dem Nachsatz noch genauer angibt; wie auch Julianus in dem mehrerwähnten fr. 17 D. de O. et A. jenes Zeitwort allein bei unserer Regel gebraucht. Donell. l. c. §. 5. i. f.

2) Majans. l. c. §. 7. 15.

3) Ebenso tritt kein c. d. c. l. ein, wenn ich als Erbe eine ex causa lucrativa versprochene Sache erwerbe, welche ich wieder in Folge einer Auflage als Legat herausgeben muß:

juris erit, et si pecuniam a me legaverit. Multo magis si in priore testamento fideicommissum sit.

Wird die legirte Sache nur theilweise wieder entzogen, so cessirt der c. d. c. l. natürlich nur bis zu dem entsprechenden Theil; was aus dem Schlusse des angeführten fr. 108 §. 5., welcher unmittelbar auf die mitgetheilten Worte folgt, sich ergibt: Item si in priore testamento Falcidiae locus sit, *quod inde abscidit ratione Falcidiae*, ex sequenti testamento consequar. — Und damit stimmt auch noch eine andere Stelle von Ulpianus überein, nämlich fr. 54 §. 8. D. de legat. I. (30.) verb.: nam hactenus mihi abesse res videtur, quatenus sum praestaturus.

b) Ebenso cessirt die aufhebende Wirkung concurrirender lucrativer Erwerbsgründe, wenn und in so weit die species dem Empfänger wieder aus irgend einem andern Grunde verloren geht, oder entzogen werden kann; z. B. durch Eintritt einer Bedingung oder eines dies:

fr. 82 pr. D. de legat. I. (30.) (Julianus.)

Non quocunque modo si legatarii res facta fuerit, die cedente, obligatio extinguitur: sed ita, *si eo modo*

---

fr. 83 §. 6. D. de V. O. (45, 1.) (Paulus.) verb.: sed si heres extitero domino, extinguitur stipulatio. Si vero a me herede defunctus eam legavit, potest agi ex stipulatu. fr. 3 §. 4. D. de legat. praest. (37, 5.)

fuerit ejus, quo avelli non possit. Ponamus rem, quae mihi pure legata sit, accipere me per traditionem die legati cedente, ab eo herede, a quo eadem sub conditione alii legata fuerit: nempe agam ex testamento: quia is status est ejus, *ut existente conditione discessurum sit a me dominium*, nam et si ex stipulatione mihi Stichus debeatur, et is, cum sub conditione alii legatus esset, factus fuerit meus ex causa lucrativa, nihilo minus existente conditione, ex stipulatu agere potero [1]. — oder durch erfolgte Eviction; von welchem Falle Julianus unmittelbar nach den eben mitgetheilten Worten im §. 1. des fr. 82 cit. handelt: Si ex bonis ejus, qui reipublicae causa aberat, rem usu adquisierim [2], et ea, antequam evinceretur, mihi legata sit, deinde postea evincatur: recte ex testamento petam, eam mihi dari oportere. — oder auf sonst irgend eine andere Art und Weise [3].

---

1) Deficirt dagegen die Bedingung, so tritt natürlich der c. d c. l. ein: fr. 83 §. 6. D. de V. O. (45, 1.) (PAUL.) verb.: Idemque esse et si sub conditione legata sit, quia et si ipse debitor rem sub conditione legatam dedisset, non liberaretur: *sed si conditione deficiente remanserit, petitio infirmabitur.* Vergl. fr. 98 pr. i. f. D. de solution. (46, 3.) RETES l. c. Nr. 6. pag. 380.

2) Die usucapio gilt nach §. 3. oben als eine causa lucrativa.

3) Vgl. im Allgem. fr. 13 §. 2. D. de V. S. (ULPIAN.) De-

4) Die species muß Eigenthum des Gläubigers geworden sein, ohne daß er irgend etwas dafür zu geben, oder zu leisten braucht — unentgeltlich. Das liegt schon mit Nothwendigkeit in dem Begriff des concursus duarum causarum *lucrativarum*, und würde darum keiner näheren Erörterung bedürfen, wenn nicht theils gerade hier das römische Recht mehrere ins Einzelne gehende consequente Vorschriften enthielte, theils hieraus manche Folgerungen für den allgemeinen Charakter unserer Lehre sich ableiten ließen [1]).

Sobald der c. d. c. l. nur dann eintritt, wenn die zusammentreffenden Erwerbsgründe vollkommen lucrativ sind, so muß derselbe cessiren:

a) wenn der Erwerber einen Preis in baarem Gelde für die Sache gegeben hat; was die gewöhnliche Art des Aequivalents sein wird; und zwar wird der c. d. c. l. ganz verschwinden, wenn der Preis dem Werth der ganzen Sache entsprochen; zum Theil, soweit der Preis dem Werth der Sache gleichkommt; wie oben §. 3. näher entwickelt worden ist. Dasselbe wird eintreten

---

sinere autem *abesse* res tunc videtur, cum sic redit in potestatem, *ne amittere ejus possessionem possimus.*

1) Vgl. Donell. l. c. §. 6. Cujac. ad African. l. c. Reyes l. c. Nr. 22.

b) wenn für die erhaltene species von dem Erwerber eine andere species gegeben, oder wenn die species wieder restituirt werden soll:

fr. 34 §. 8. D. de legat. I. (30.) (Ulpianus.)

Et multo magis hoc dicendum est, si duobus testamentis mihi eadem res legata sit, sed alter me restituere rogaverit, vel ipsam rem, *vel aliud*[1]) *pro ea;* aut si sub conditione legasset *dandi quid pro ea.* — Und für alle diese Fälle gilt dann der am Schlusse dieser Stelle angegebene allgemeine Grund: nam hactenus mihi *abesse* res videtur, quatenus sum praestaturus[2]).

c) Darum betrachtet denn auch das römische Recht consequent die Bestellung einer dos für den Ehemann nicht als eine causa lucrativa: quia intelligitur *abesse* ei pecunia, eo quod onera matrimonii sustineret; oder: propter onera matrimonii; wie dieß oben §. 3.[3]) genauer erörtert ist.

So muß man denn, wie vorhin geschehen, ganz im Allgemeinen behaupten, daß jede Verpflichtung,

---

1) Das aliud kann eine andere species, aber auch ein genus sein; ebenso, wie das sogleich folgende „dandi *quid* pro ea."

2) Vergl. auch fr. 28 i. f. D. de negot. gest. (3, 5.) (Javolenus.) verb.: quia id ei *abesse* videtur, in quo obligatus est.

3) S. 30 pos. 13. oben.

Last oder Beschwerde irgend welcher Art bei Einem der mehreren concurrirenden Erwerbsgründe diesem den Charakter einer causa lucrativa entzieht, soweit die Beschwerde reicht.

Hieran knüpft sich noch ein weiterer Punkt. — Schon aus den bisher angeführten Gesetzesstellen geht hervor, daß die römischen Juristen mehrfach den Ausdruck gebrauchen, der c. d. c. l. trete nur dann ein, wenn dem creditor „nec quidquam absit" oder „nihil absit."

Dieser Ausdruck muß nun näher erläutert werden, weil sich dadurch ein allgemeineres Resultat für unsere Untersuchung gewinnen läßt.

Africanus gibt nämlich in fr. 108 §. 4. i. f. D. de legat. I. (30.)[1]) den Grund für die aufhebende Wirkung des c. d. c. l. deutlicher, wie es sonst geschieht, also an: „quia nec absit quidquam, nec bis eadem res praestari possit."

Zuvörderst interessirt uns nur der erste Theil dieses Grundes, welcher sich auch noch bei Paulus angegeben findet in fr. 61 D. de solution. (46, 3.) In

1) Diese Stelle ist überhaupt für den c. d. c. l. in mannichfacher Beziehung von Bedeutung, wie schon die vorhergehende Untersuchung gezeigt hat.

perpetuum, quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit, et *tibi nihil absit* – competit liberatio 1).

Der Ausdruck „abesse" begreift aber nicht bloß die oben sub pos. 2. angegebenen Fälle unter sich, wenn die species nicht ganz und vollständig an den creditor gelangt ist — wenn also an der Sache selbst noch ein Theil fehlt; sondern er hat noch eine weitere Bedeutung, indem er sich zugleich darauf bezieht, daß man für eine Sache kein Entgeld entrichtet hat; wie derselbe Paulus in einem andern Fragment zeigt, welches ex professo von der juristischen Bedeutung dieses Zeitworts handelt, nämlich in

fr. 14 pr. i. f. D. de V. S. (50, 16.)

verb.: Item si dominus rem quae furto *sibi aberat*, ignorans emerit: recte dicitur *res abesse*, etiam si postea id ita esse scierit: *quia videtur res ei abesse*,

---

1) Vgl. im Allgemeinen fr. 31 §. 1. D. de reb. cred. (12, 1.) (PAUL.) verb.: sed si quid *mihi abesset* ex negotio, quod is gessisset, invicem me tecum acturum. — fr. 47 pr. D. mandati (17, 1.) (POMPON.) verb.: quia intelligitur *abesse ei pecunia* propter onera matrimonii. — fr. 82 §. 2. D. de legat. I. (30.) (JULIAN.) verb.: Si ex testamento egero, judex tanti litem aestimare debebit, *quantum mihi aberit*. — fr. 13 pr. D. rem ratam haberi (46, 8.) (PAUL.) verb.: quantum *mihi abest*, quantumque lucrari potui. fr. 26 §. 2. D. mandati (17, 1.) fr. 28 i. f. D. de neg. gest. (3, 5.)

cui pretium abest. —[1]) womit auch Ulpianus übereinstimmt in dem schon erwähnten fr. 34 §. 8. i. f. D. de legat. I. (30.) verb.: nam hactenus *mihi abesse* res

1) Donell. l. c. §. 2. Vinnii commentar. ad Tit. Inst. de legat. §. 6. Nr. 2. — Die in fr. 13 §. 1. fr. 14 pr. D. de V. S. (50, 16.) von Paulus und Ulpianus gegebene, zur Legaldefinition erhobene Begriffsbestimmung von „abesse", wonach die Sache auch dann „abest", wenn die Form verändert, oder dieselbe verdorben wurde; zumal in dem Falle, wenn die Form hauptsächlich den Werth der Sache bestimmt, wie bei Kunstgegenständen; — diese Definition hat für uns hier keine Bedeutung, weil die beiden angeführten Digestenstellen sich bloß auf das Zurückgeben (reddere) einer hingegebenen Sache beziehen; wobei man recht wohl sagen konnte und mußte: es fehle etwas an der Sache, wenn sie verändert oder verdorben worden war. — Bei dem c. d. c. l. findet aber nur ein Hingeben (nicht Zurückgeben) der Sache Statt, und man muß nach den für jene Regel geltenden allgemeinen Grundsätzen annehmen, daß dieser concursus eingetreten ist, sobald der creditor die species selbst und ganz erhalten hat; denn er hat ja dann den eigentlichen Gegenstand der Forderung! (s. §. 6. unten.) Darum hat es auch keinen Einfluß, wenn die Sache der Form nach sich verändert hat oder der Stoff derselben verschlechtert worden ist, — so lange nur die Sache selbst noch die nämliche geblieben. Natürlich darf aber die Veränderung oder Verschlechterung nicht durch eine schuldhafte Handlung (imputable culpa oder dolus) des debitor verursacht worden sein.

videtur, *quatenus sum praestaturus;* — weil unter dem „praestare" nach der generellen Bedeutung dieses Zeitworts sowohl, als nach dem Zusammenhang der Stelle, jede Leistung des Empfängers, namentlich das Geben eines Preises, oder eines andern Aequivalents, verstanden wird.

Aus der Vergleichung dieser Gesetzesstellen ergibt sich zunächst, daß der für unsere Lehre wichtige Ausspruch von Paulus in dem vorhin angeführten fr. 61 D. de solution., welcher auf den ersten Blick allgemeiner scheinen könnte, sich speciell auf den c. d. c. l. bezieht[1]; denn die Worte „et tibi nihil absit" im Munde dieses Juristen zeigen nach dem Vorhergehenden, daß damit nicht bloß ein Erwerb der ganzen Sache gemeint, sondern daß zugleich auch nur ein vollkommen lucrativer Erwerb darunter zu verstehen ist, ohne irgend welche Gegenleistung oder Beschwerde; woraus natürlich weiter folgen muß, daß das generelle „id quod tibi debeam" ex titulo lucrativo verschuldet ward.

Die bisherige Untersuchung über den Ausdruck abesse bahnt uns aber noch weiter den Weg zur Ausmittelung des Grundes, welcher im römischen Recht zur Einführung der aufhebenden Wirkung des c. d. c. l.

---

1) Vgl. S. 19 Not. 1. oben.

Veranlassung gegeben hat. Doch, bevor wir diesen genauer entwickeln, muß noch ein anderer Punkt vorausgeschickt werden!

§. 6.

IV. Im vorigen §. ist näher entwickelt worden, daß die Aufhebung der Obligationen durch Zusammentreffen zweier lucrativer Erwerbsgründe nur dann eintritt, wenn der Gläubiger aus Einem dieser Gründe die species selbst zum Eigenthum erhalten hat. Daraus geht mit Nothwendigkeit hervor, daß, wenn dem creditor zuerst nur der Werth derselben, die aestimatio, geleistet worden ist, ein c. d. c. l. mit den eigenthümlichen Wirkungen nicht Statt findet:

§. 6. i. f. J. de legat. (2, 20.)

Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem, an aestimationem ex testamento consecutus est: *nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa: si aetimationem, agere potest* 1).

---

1) Theophil. paraphras. ad h. l. i. f. (nach der treuen Uebersetzung von Reitz): Et dicimus, si quidem ex unius testamento rem nactus fuerim, ex altero testamento non nanciscar, neque ipsam rem; qui enim, quum sub meo sit dominio? neque aestimationem; namque rem ex lucrativa causa nactus fui. Si autem ex uno testamento aesti-

Hier könnte nun leicht der Einwand erhoben werden: es sei im Ganzen ebenso gut eine Concurrenz mehrerer lucrativer Erwerbsgründe in der Person des Einen Gläubigers vorhanden, wenn er zuerst die aestimatio und dann die species, als in dem Falle, wenn er zuerst die species und dann deren aestimatio erhalten habe; in dem einen, wie in dem anderen Falle, werde dem creditor eine doppelte Bereicherung zu Theil; und darum erscheine der im §. 6. J. cit. aufgestellte Unterschied eine Inconsequenz oder sonderbare Eigenheit des römischen Rechts.

Dieß führt uns denn zu dem Grund der gesetzlichen Vorschrift über den c. d. c. l.

Sind die mehreren lucrativen Forderungen Eines Gläubigers auf die nämliche species gerichtet, so macht, nach allgemeinen Grundsätzen über die Obligationenrechte, diese species allein den eigentlichen Gegenstand der obligatio aus. Ist diese species nun ganz, unwiderruflich und unentgeltlich gegeben worden, so ist die Forderung in jeder Hinsicht vollkommen erfüllt; denn eine species kann ihrer natürlichen Beschaffenheit nach nur einmal geleistet werden: fr. 34 §. 3. D. de legat. I. (30.) (ULPIAN.) verb.: Ejus-

---

mationem prius accepi, ex altero sine impedimento rem petam.

que rei ratio evidens est, *quod eadem res saepius praestari non potest.* etc.

fr. 108 §. 4. i. f. D. eod. (AFRICAN.) verb.: quia nec absit quidquam, *nec bis eadem res praestari possit.*

Hat nun aber der creditor auf diese Weise gerade Das und alles Das, was ihm gebührt, ohne irgend eine Gegenleistung oder Beschwerde erhalten, so bleibt ihm eben Nichts mehr zu fordern übrig[1]; — die obligatio ist also erloschen:

fr. 61 D. de solution. (46, 3.) (PAULUS.)

In perpetuum quotiens *id, quod tibi debeam, ad te dervenit,* et tibi nihil absit, nec quod solutum est, repeti possit, *competit liberatio.*

Denn, da eine species nicht zum zweiten Mal gegeben werden kann, weil sie nur einmal im Reiche der Natur existirt; und da mehr, als einmal[2], oder mehr, wie aus Einem Grund[3]) eine Sache nicht unser

1) §. 6. J. cit. verb.: quia habet *eam* ex causa lucrativa.

2) §. 10. J. de legat. (2, 20.) verb.: quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest. GAJUS IV, 4. — fr. 14 §. 2. i. f. D. de except. rei jud. (44, 2.) (PAULUS.) verb.: neque enim amplius quam semel res mea esse potest. Vgl. auch über die letztere Stelle Keller, über Litiscontestation und Urtheil S. 286 ff.

3) fr. 159 D. de R. J. (PAULUS.) Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse. fr. 3 §. 4. i. f. D. de adq. vel am.

Eigenthum sein kann — so müßte die zweite Forderung nothwendig auf die aestimatio gerichtet sein.

Darum konnte es denn wohl nach den Ansichten der Römer gegen die aequitas[1]) verstoßen, wenn der Gläubiger bei einer lucrativen Obligation außer dem eigentlichen Gegenstand seiner Forderung, noch etwas Anderes, was ursprünglich in dieser Forderung gar nicht lag, verlangen wollte. Er würde ja sonst eine doppelte Bereicherung gewonnen haben; und zwar in der Art, daß die zweite Leistung — der *aestimatio* — erfolgt wäre, nachdem der wahre Gegenstand der obligatio bereits gegeben war; was dem

---

poss. (41, 2.) fr. 14 §. 2. D. de except. rei jud. (44, 2.) Keller a. a. O. und S. 42 Not. 1. oben.

1) Wir verstehen hier den Ausdruck aequitas, aequabilitas, aequum, aequare in dem oben S. 10 Not. 4. angegebenen Sinne. — Die mannichfachen Bedeutungen des Wortes aequitas genauer zu erörtern, ist hier wohl nicht der schickliche Ort; zumal da wir in neuerer Zeit mehrere diesem Gegenstand besonders gewidmete Schriften erhalten haben: C. A. Albrecht, die Stellung der römischen Aequitas in der Theorie des Civilr. ꝛc. Dresd. u. Leipz. 1834. S 35 ff. F. A. Schilling, progr. de *aequitatis* notione, ex sententia juris Romani recte definienda. Lips. 1835. — im Auszug in dessen Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts. Bd. II. S. 37 — 40.

Geiste des römischen Rechts, welches, wie oben §. 1. gezeigt worden ist, reine Liberalitäten so wenig begünstigt, keineswegs entspricht.

Dadurch ist zugleich der Weg zur Widerlegung des oben bemerkten Einwurfs bezeichnet: daß nämlich ebenso auch dann eine doppelte Bereicherung des Gläubigers eintrete, wenn derselbe zuerst den Werth, und darauf die Sache selbst erhalten hat.

Hier zeigt sich nun der charakteristische Unterschied dieses letzteren Falles im Gegensatz des eigentlichen c. d. c. l.; und zwar aus allgemeinen, aus der Natur der Obligationen fließenden Gründen.

Hat der creditor zuerst den Werth der species erhalten, so ist dadurch, wie schon bemerkt, die obligatio noch nicht erfüllt, weil der eigentliche Gegenstand derselben noch nicht geleistet worden [1]; und daran kann auch das bloß factische Zusammentreffen einer mehrfachen Bereicherung in der Person Eines Gläubigers Nichts ändern; weil juristisch die obligatio so lange fortdauert, bis gerade das gezahlt wird, was darin begriffen ist.

Dieß zeigt sich nicht bloß bei unserem Grundsatz des c. d. c. l., sondern auch in andern Lehren des

---

1) Natürlich darf nicht in Folge besonderer Uebereinkunft die aestimatio statt der Sache selbst gegeben sein.

römischen Rechts, z. B. in dem Verhältniß des fictus und verus possessor bei dinglichen Klagen, indem hier der erstere frei wird, wenn der Kläger zuerst die Sache selbst, den wahren Gegenstand seines Klagerechts, von dem wirklichen Besitzer erhalten hat; während er in der Regel die aestimatio leisten muß, wenn der Kläger zuerst gegen ihn auftritt, ohne daß dadurch für den Kläger der Anspruch auf die Sache aufhört[1]).

Somit erscheint der Unterschied zwischen dem Falle, wenn die species selbst, und dem Falle, wenn die aestimatio zuerst geleistet worden ist, nicht als eine Singularität bei dem c. d. c. l., sondern als ein Ausfluß eines allgemeineren Grundsatzes.

Daran schließt sich noch ein zweiter Grund.

Das römische Recht stellt die an sich nicht unnatürliche generelle Regel auf: Wer eine Sache hat, besitzt auch deren Werth; wer dagegen den Geldwerth der Sache hat, hat dadurch noch nicht die Sache selbst:

fr. 88 D. de V. S. (50, 16.) (Celsus.)

---

1) fr. 7 D. de R. V. (6, 1.) fr. 95 §. 9. D. de solution. (46, 3.) fr. 13 §. 14. i. f. D. de hered. petit. (5, 3.) verglichen mit fr. 28 D. de A. E. V. (19, 1.) fr. 7 §. 1. D. commodati (13, 6.) fr. 34 pr. D. de O. et A. (44, 7.)

Tantum quisque pecuniae relinquit, quantum ex bonis ejus refici[1]) potest: sic dicimus, centies aureorum habere, qui tantum in praediis, caeterisque similibus rebus habeat[2]). Non idem est in fundo alieno legato, quamquam is hereditaria pecunia parari potest: *neque quisquam eum, qui pecuniam numeratam habet, habere dicit, quidquid ex ea parari potest*[3]).

Halten wir nun diese allgemeine Regel[4]) fest, so müssen wir im Geiste des römischen Rechts sagen: Wer die species selbst ex causa lucrativa erhalten, hat zugleich auch deren Werth; er würde also diesen Werth ex titulo lucrativo doppelt verlangen, wenn er noch die aestimatio rei forderte[5]); und dadurch

1) d. i. redigi: fr. 82 pr. D. ad leg. Falcid. (35, 2.) fr. 3 §. 4. D. de usur. (22, 1.) fr. 1 §. 10. D. de collat. (37, 6.)

2) Vgl. auch im Allgem. const. 2 §. 1. C. de constit. pecun. (4, 18.)

3) Vinn. commentar. l. c. Nr. 5.

4) Dafür spricht die Stellung des fr. 88 in dem generellen Titel de V. S.

5) argum. fr. 31 §. 16 D. de aedil. edict. (21, 1.) (Ulpian.) verb.: ne lucrum emtor faciat, et bis ejusdem rei aestimationem consequatur. — fr. 32 §. 1. D. de evict. (21, 2.) (Ulpian.) ne lucrum faciat emtor et bis ejusdem vitii aesimationem consequatur.

gegen den Grundsatz verstoßen: Bona fides[1]) non patitur, ut bis idem exigatur[2]). Ist dagegen die aestimatio zuerst geleistet worden, so tritt nach fr. 88 D. de V. S. cit. eine doppelte Forderung desselben Gegenstandes ex causa lucrativa nicht ein. Damit lassen sich auch die Worte am Schlusse des §. 6. J. de legat. in Verbindung bringen: nam si *rem* habet, agere non potest, quia habet *eam* ex causa lucrativa: si aestimationem, agere potest[3]).

Es kommt zur Begründung des mehrerwähnten Unterschieds noch ein dritter Punkt.

Schon oben wurde bemerkt, daß, wenn mehrere lucrative Forderungen auf dieselbe species gerichtet sind, nur bei der einen die Sache selbst gegeben werden kann, bei der andern dagegen die aestimatio geleistet werden müßte. Ist nun aber zuerst der Werth der Sache gezahlt worden, so kann von einem c. d. c. l.

---

1) Die bona fides steht aus natürlichen Gründen mit der aequitas im engsten Zusammenhang [vgl. z. B. fr. 31 pr. D. depositi (16, 3.)]; sowie auch aequum und bonum so häufig zusammengestellt werden.

2) fr. 57 D. de R. J. cap. 83 in VI de R. J. (5, 12.) Bona fides non patitur, ut semel exactum iterum exigatur. vgl. mit fr. 51 i. f. D. de re jud. (42, 1.) fr. 34 pr. D. de O. et A. (44, 7.)

3) Theophil. paraphras. ad h. l.

mit aufhebender Wirkung natürlich nicht die Rede sein, weil im Augenblick der Zahlung ja nur Eine, und zwar die erste Forderung realisirt wurde[1]). Durch die zuerst erfolgte Zahlung der aestimatio ist aber die Forderung auf diesen Werth der Sache, welche zur Zeit der solutio völlig gültig und wirksam bestand, ipso jure aufgehoben worden; sie existirt im Reiche der juristischen Wirklichkeit gar nicht mehr[2]). Wollte man nun aus der späteren Leistung der Sache selbst eine vernichtende Rückwirkung in Beziehung auf die frühere Zahlung der aestimatio eintreten lassen, so könnte diese nur dadurch geschehen, daß eine für sich selbstständige und gültig gewesene obligatio, nachdem sie bereits vollständig erfüllt worden ist, und dadurch gänzlich aufgehört hat, wieder rescindirt, das rechtsgültig Gezahlte also zurückgefordert würde;

---

1) Denn das bloße Nebeneinanderbestehen der beiden lucrativen Forderungen begründet ja die Wirkung des c. d. c. l. nicht, sondern derselbe tritt erst dann ein, wenn der Gläubiger in Folge der einen lucrativen Forderung die species selbst wirklich erhalten hat; wie oben S. 46 pos. 1. näher gezeigt worden ist.

2) fr. 98 §. 8. D. de solution. (46, 3.) (PAULUS.) verb.: in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest. Vergl. auch im Allgem. fr. 27 §. 2. D. de pactis (2, 14.) fr. 10 §. 9. D. de in rem verso (15, 3.)

was sich weder aus allgemeinen Gründen folgern läßt, noch durch irgend eine Andeutung in speciellen Gesetzen unterstützt wird. Denn eine Läsion im Sinne der prätorischen restitutio in integrum kann hier in keiner Weise angenommen werden. Ueberhaupt bildet ja die Vorschrift des römischen Rechts über die aufhebende Wirkung des c. d. c. l. eine Ausnahme von allgemeinen Rechtsgrundsätzen, weil der Gläubiger in der Regel mehrere selbstständige Forderungen ungeschmälert neben einander geltend machen kann, selbst wenn sie auf denselben Gegenstand gerichtet sind[1]; und darum ist diese Vorschrift nicht über die in den Quellen bezeichnete Gränze auszudehnen.

Fassen wir nun das Resultat der vorstehenden Untersuchung über den Grund der eigenthümlichen Wirkung des c. d. c. l. zusammen, so liegt derselbe nicht in der Concurrenz mehrerer Forderungen in der Person Eines Gläubigers und in Hinsicht Eines Gegenstandes überhaupt; er liegt nicht einmal in dem Zusammentreffen mehrerer solcher **lucrativer** Forderungen in der Person desselben *creditor;* sondern vielmehr darin, daß der

1) fr. 10 D. de A. E. V. (19, 1.) vgl. mit fr. 5 i. m. D. de fidejussor. (46, 1.) fr. 21 §. 1. D. eod. fr. 34 pr. D. de O. et A. (44, 7.) MAJANS. l. c. §. 2. pr.

Gläubiger, welcher die species selbst, den eigentlichen Gegenstand der Forderung, und dadurch zugleich auch den Werth derselben, ganz, unentgeltlich und unwiderruflich erhalten hat, diesen Werth nicht noch einmal besonders, also doppelt, ex causa lucrativa soll verlangen können; zumal, da diese aestimatio gar nicht den eigentlichen Gegenstand der obligatio ausmacht. In so fern soll allerdings eine doppelte Bereicherung des Gläubigers in dieser Art, welche immer mit einem Nachtheil des Schuldners verbunden sein wird, durch die Vorschrift des römischen Rechts über den c. d. c. l. verhütet werden; und in so weit ließe sich hier wieder ein Anklang der generellen Rechtsregel finden: Nemo cum alterius detrimento et injuria locupletior fieri potest; obgleich der Verf. weit entfernt ist, diese Regel hier ganz unbedingt und allgemein in Anwendung bringen zu wollen [1]). Nur das muß allgemein behauptet werden, daß der c. d. c. l. in der bisher entwickelten Art allein in den Fällen eintritt, wenn der creditor durch die Forderung der aestimatio, nach dem Empfang der Sache wirklich eine doppelte Bereicherung ziehen würde; daß demnach die Wirkung jenes concursus jedesmal cessirt, wenn und in so weit diese doppelte Bereicherung nicht Statt findet; wie

---

1) Vgl. S. 10 Not. 3. oben.

die frühere Untersuchung an mehreren Stellen, namentlich in §. 3. pos. 7. ff. §. 5. pos. 2. 3. 4., gezeigt hat.

Dritte Abtheilung.

Unterschied des *concursus duarum causarum lucrativarum* im eigentlichen Sinne der Quellen von den Fällen, welche uneigentlich dahin gerechnet werden.

---

§. 7.

In der Entwickelung der Lehre von dem c. d. c. l. wird zwar gewöhnlich bestimmt hervorgehoben, daß die mehreren lucrativen Erwerbsgründe in Einer Person, als Gläubiger, concurriren müssen; dagegen wird darüber nichts Näheres angegeben: ob ein wahrer concursus duarum causarum lucrativarum mit seinen eigenthümlichen Wirkungen nur dann eintritt, wenn die mehreren lucrativen Forderungen gegen verschiedene Personen, als Debitoren, gerichtet sind, oder auch dann, wenn Eine Person allein bei denselben der Schuldner ist; ob ein Unterschied darin liegt, daß der Eine von verschiedenen Debitoren aus seiner ursprünglichen Willensäußerung, z. B. aus seinem Versprechen ver-

pflichtet ist, während der Andere vermöge Succession, z. B. als directer Erbe, substitutus, Universalfideicommissar, Legatar, Singularfideicommissar[1]), debitor geworden ist; — endlich, ob in Beziehung auf den c. d. c. l. der Umstand einen wesentlichen Einfluß hat, daß die mehrmalige, auf Leistung derselben species gerichtete obligatio ex causa lucrativa aus Einer, oder aus mehreren Dispositionen hervorgegangen ist; — wobei sich wieder unterscheiden läßt, ob bei mehreren Dispositionen verschiedener Personen jede der letzteren als eine selbstständige Person erscheint, oder nicht.

Daß die Bearbeiter unserer Lehre über die eben angedeuteten Punkte keine erschöpfende Antwort ertheilen, mag seinen Grund in der Beschaffenheit der Quellen haben, welche in Beziehung auf den oder die Schuldner bei dem c. d. c. l. sich nirgends so bestimmt ausdrücken, als in Hinsicht des Gläubigers: Nam traditum est, duas lucrativas causas in *eundem* hominem et in *eandem* rem concurrere non posse[2]).

---

1) In so fern z. B. dem Erben oder Singularfideicommissar rc. ein Vermächtniß derselben Sache an den nämlichen Honorirten auferlegt ist, der diese von einem Andern als Geschenk erhalten. Doch vgl. noch ULPIAN. Fragm. XXIV, 20. GAJUS II. 271.

2) §. 6. J. de legat. cit.

Indem wir nun unternehmen, die vorhin angegebenen Punkte erschöpfender, als früher geschehen ist, zu erörtern, stellen wir, als einzig wesentliche Unterscheidung, die Fälle: wenn die mehreren *causae lucrativae* aus Einer oder aus mehreren Dispositionen derselben Person, als *debitor*, hervorgegangen sind, — den Fällen gegenüber: wenn die mehreren lucrativen Erwerbsgründe aus verschiedenen Dispositionen verschiedener **selbstständiger** Personen, als Debitoren, herrühren; — womit sich dann die anderen minder wichtigen Unterschiede bei der Darstellung der einzelnen Fälle leicht verbinden lassen werden.

I. Die mehrmalige *obligatio ex causa lucrativa* rührt aus Einer oder aus verschiedenen Dispositionen **derselben Person** als *debitor* her — (wobei auch verschiedene physische Personen, so ferne sie in einem Verhältniß der rechtlichen Einheit erscheinen, juristisch als dieselbe Person betrachtet werden müssen[1]).

Hier läßt sich schon im Voraus aus allgemeinen Gründen sagen: Wenn die nämliche species von der-

1) Als Eine und dieselbe Person erscheinen demnach hier auch Erbe und Erblasser, weil der Erstere den Letzteren repräsentirt.

selben Person mehrmals versprochen, oder in Einem Testament mehrmals legirt worden ist ꝛc., so liegt darin zwar ein wiederholter Ausdruck des Willens, oder, wenn man lieber will, eine verstärkt ausgesprochene Absicht, daß diese Sache gegeben werden solle[1]); allein eine Verdoppelung oder Vervielfältigung des Gegenstandes der *obligatio* tritt nicht ein; denn nur die Eine species bildet das Object der Forderung, wenn sie auch mehrmals erwähnt worden ist:

fr. 18 D. de V. O. (45, 1.) (Pomponius.)

Qui bis *idem*[2]) promittit, id eo (ideo) jure *amplius quam semel* non tenetur. —

womit sich verbinden läßt:

fr. 66 §. 5. i. f. D. de legat. II. (31.) (Papinianus.)

Eum enim, qui pluribus speciebus juris uteretur, *non saepius eandem rem eidem legare, sed loqui saepius.*

---

1) Dieß kann freilich in anderer Hinsicht practische Folgen haben; z. B. wenn das Eine Versprechen ungültig ist, so kann diese Ungültigkeit an sich nicht zugleich auf das zweite Versprechen bezogen werden.

2) Das „idem" bezieht sich nach dem allgemeinen Sinne, worin es in der Stelle vorkommt, sowohl auf ein genus, als auf eine species; wiewohl bei der letzteren die Identität leichter herzustellen ist. Vgl. §. 9. unten.

Diese allgemeine Regel leidet Anwendung:

1) wenn derselbe Debitor die nämliche species in Einem Vertrag mehrmals ex causa lucrativa verspricht[1]);

2) wenn derselbe Promittent in verschiedenen lucrativen Verträgen sich verpflichtet, die gleiche species der nämlichen Person zu geben[2]);

3) wenn Ein Testator in seinem Testament dieselbe species der nämlichen Person mehrmals legirt[3]):

fr. 34 §. 1. D. de legat. I. (30.) (ULPIANUS.)

Si eadem res saepius legetur in eodem testamento, amplius quam semel peti non potest. etc.[4])

4) wenn Ein Testator dieselbe Sache einmal in seinem Testament, und dann noch einmal

---

1) fr. 18 D. de V. O. cit.

2) Auch dieser Fall ist unter das fr. 18 cit. nach dessen allgemeiner Fassung zu subsumiren.

3) Der Fall, wenn die nämliche species mehrmals, jedesmal einer andern Person, ex causa lucrativa versprochen oder legirt wird, interessirt uns hier nicht näher; weil dann der c. d. c. l. in der Person des Einen Gläubigers wegfällt.

4) fr. 42 i. f. D. de usufr. (7, 1.) fr. 86 §. 1. i. f. D. de legat. I. (30.)

in seinem Codicill demselben Honorirten legirt.

Und dabei ist es völlig gleich, ob das wiederholte Legat immer demselben oneratus, oder zuerst dem Erben, und dann dessen Substituten [1], oder ob es mehreren Erben zugleich, oder zuerst dem Einen von den Erben und darauf allen Erben auferlegt worden ist; — einerlei also, ob Eine oder ob mehrere Personen als Debitoren erscheinen, oder nicht:

fr. 66 §. 5. D. de legat. II. (31.) (Papinian.)

Eum qui *ab uno ex heredibus, qui solus oneratus fuerat*, litis aestimationem legatae rei abstulit [2], postea *codicillis apertis, ab omnibus heredibus* ejusdem rei relictae dixi dominium non quaerere. — Auf diese Worte folgt dann der oben S. 74 a. E. angegebene Schluß der Stelle, welcher den allgemeinen Grund der Entscheidung des Juristen enthält.

---

1) fr. 81 §. 7. D. de legat. I. (30.) (Julianus.) verb.: hoc enim quod rursus a substituto legatur, perinde habendum est, ac si repetita legata essent. — fr. 88 §. 7. D. de legat. II. (31.) fr. 11 D. si quis om. caus. (29, 4.) Cujac. ad African. l. 108 §. 4. D. de legat. I.

2) Der Grund dafür, daß hier, sowie in noch manchen anderen Stellen schon die Leistung der aestimatio den Onerirten befreit, wird weiter unten in diesem §. näher erörtert werden.

Ferner: fr. 86 §. 1. D. de legat. I. (30.) (JULIAN.)

Si *testamento* Stichus ab *uno herede* legatus fuerit Maevio, et eidem *codicillis* idem Stichus *ab omnibus heredibus;* et antequam codicilli aperirentur, Maevius litis aestimationem consecutus fuerit: ipso jure vindicari ex codicillis non potest: quia testator *semel* legatum ad eum pertinere voluit.

5) Das römische Recht läßt das Gesagte selbst dann eintreten, wenn die nämliche Sache zuerst im Testament des Erblassers, und sodann im Testament des Erben demselben Legatar hinterlassen ist. In diesem Falle sind zwar zwei getrennte Dispositionen, zwei Testamente, vorhanden; weil aber beide Testatoren vermöge der Universalsuccession des Erben juristisch Eine Person ausmachen, so lassen sich, wie schon oben bemerkt, die beiden Testamente juristisch doch nicht als verschiedene selbstständige Dispositionen verschiedener getrennter Personen betrachten, sondern eher als verschiedene Willensdispositionen Einer Person:

fr. 84 §. 2. D. de legat. I. (30.) (JULIANUS.)

Si Sempronius *Titium* heredem instituerit, et *ab eo* post biennium fundum dari jusserit Maevio, *Titius* deinde *ab herede suo* eundem fundum Maevio praesenti die legaverit, et Maevius pretium fundi ab herede Titii acceperit: *si ex testamento Sempronii fundum petere*

velit, exceptione repelli poterit, si pretio fundi contentus non erit 1).

6) Bisher ist bloß von den Fällen die Rede gewesen, wenn entweder allein in Verträgen, oder allein in Dispositionen auf den Todesfall dieselbe species von dem nämlichen Disponenten mehrmals Einer Person ex causa lucrativa zugewendet worden ist. Man kann aber auch die beiden Arten der Dispositionen mit einander verbinden, ohne daß eine Abweichung von den bisher entwickelten Grundsätzen eintritt, vielmehr nach den Forderungen der Consequenz dieselben Regeln gelten müssen. Wenn z. B. A. eine species dem B. ex causa lucrativa verspricht, und sodann dieselbe species wieder in seinem Testamente dem B. legirt, so ist zwar eine wiederholte Willensäußerung des Einen Disponenten in verschiedener Form vorhanden, da sich dieselbe aber nur auf die nämliche Sache bezieht, so ist diese auch der einzige Gegenstand der obligatio 2). —

---

1) SCHRADER l. c. ad §. 6. J. de legat. verb.: *hac ratione*, nimmt hier eine Ausnahme von der Regel über den c. d. c. l. an. Darüber weiter unten am Schlusse dieses §.

2) Roßhirt, Zeitschrift a. a. O. S. 25 pos. b. Vermächtnißlehre S. 449 a. E., 450 oben erhebt dagegen Bedenken. Darüber wird zweckmäßiger §. 8. pos. 5. unten zu handeln sein.

Aus allen pos. 1 — 6. erörterten Punkten geht nun das Eine Resultat hervor, daß in den Fällen, wenn die mehreren causae lucrativae aus einer einzigen, oder zwar aus mehreren, aber doch für Ein zusammengehöriges Ganze geltenden Dispositionen entspringen, der vermuthliche Wille des Disponirenden entscheiden muß, welcher ja bei Rechtsgeschäften überhaupt, und bei letztwilligen Dispositionen insbesondere[1]), das entscheidende Moment ausmacht; so daß für alle hierher gehörigen Fälle das gilt, was Papinianus fr. 66 pr. D. de legat. II. für Einen speciellen Fall sagt: Voluntatis tamen quaestio erit. Weil aber eben bei den mehrfachen Dispositionen immer nur Ein Gegenstand, nämlich die species, das Object der obligatio ausmacht, so wird auch immer, theils aus allgemeinen Gründen, theils nach den früher angeführten Gesetzesstellen, die Vermuthung so lange dafür streiten, daß allein die Eine species, und nicht außer dieser noch die aestimatio gegeben werden soll, daß also im Grunde nur Ein Legat, nur Eine Schenkung vorhanden ist, bis das Gegentheil gehörig nachgewiesen werden kann[2]);

---

1) Vgl. des Verf. Versuche im Gebiete des Civilrechts. II. S. 39 Not. 2. S. 40.

2) Dieser Beweis wird zwar in der Regel dem klagenden Gläubiger ex causa lucrativa, z. B. dem Legatar, obliegen:

wie Ulpianus bei dem mehrfachen Legat derselben Quantität ausdrücklich sagt in fr. 34 §. 3. D. de legat. I. (30.) verb.: si evidentissimis probationibus ostendatur, testatorem multiplicare[1]) legatum voluisse[2]).

Denn was hier für das Legat einer Quantität vorgeschrieben ist, wird ebenso auf das Legat einer species angewendet von Florentinus in

fr. 42 i. f. D. de usufructu (7, 1.)

Nam saepius idem legando non ampliat testator legatum: re autem legata, etiam aestimationem ejus legando, ampliare legatum possumus; — weil hiernach, um ein doppeltes Legat, der species und der aestimatio, in Anspruch nehmen zu können, auch eine doppelte, auf das Eine, wie auf das Andere speciell gerichtete Disposition erfordert wird, und demgemäß derjenige, welcher neben dem Legat der species selbst noch das

---

fr. 29 D. de jure dot. (23, 3.) (ULPIAN.) verb.: Et si quidem hoc animo testatorem esse *filia ostenderit*, ut duplicaret ei legatum: habebit utrumque etc. Doch ist dieß nicht nothwendig und unter allen Umständen der Fall: fr. 12 D. de probation. (22, 3.) Vgl. im Allg. fr. 44 §. 1. D. de legat. II. (31.) fr. 22 i. f. D. eod.

1) So lesen die Vulg. und Haloandr.; minder richtig die Florent. „multiplicasse."

2) fr. 66 D. de legat. II. (31.) fr. 1 §. 14. D. de dote praelegat. (33, 4.) Vgl. auch §. 9. unten.

Legat der aestimatio fordert, diese seine Behauptung zu Recht erweisen muß[1]).

1) Bei dem legatum per damnationem nehmen die Quellen auch dann eine doppelte Verpflichtung, zum Geben der legirten Sache und zur Zahlung der aestimatio an, wenn der Testator einem Jeden von mehreren in seinem Testamente instituirten Erben ausdrücklich aufgelegt hat, die ganze legirte Sache dem Legatar zu geben: fr. 53 §. 2. D. de legat. I. (30.) (ULPIAN. lib. 25 ad Sabin.) Si quis duos heredes scripserit, et *damnaverit unumquemque solidam rem legatario praestare:* idem est, atque si duobus testamentis legatum esset: nam et si mihi et filio, vel servo meo esset eodem testamento legatum, *sine dubio valeret legatum utriusque,* ut et Marcellus apud Julianum adjicit. — CUJAC. ad African. l. 108 §. 4. D. de legat. I. — Die Frage: wie sich im neueren Recht nach Verschmelzung der Legate und Fideicommisse (S. 21 Not. 1. oben.) in unserem Falle die Sache gestalte; — wird wohl am Richtigsten dahin beantwortet, daß hier, wie bei Legaten und Fideicommissen überhaupt, der erweisliche oder vermuthliche Wille des Testators entscheidet; welcher allerdings nach der Fassung des Legats, wie sie in fr. 53 §. 2. enthalten ist, nicht selten so erklärt werden kann und muß, daß dadurch die Absicht auf Verdoppelung des Legats ausgedrückt ist. Nur wird man jetzt, nachdem durch Verschmelzung der beiden älteren Arten der Vermächtnisse im Allgemeinen freiere Grundsätze gelten, nicht unbedingt gebunden sein, in einem solchen Falle immer ein doppeltes Legat anzunehmen, sondern nach der wahren Absicht des Testators,

Diese Bestimmungen der Quellen gehen auch schon aus dem generellen Grundsatz hervor, daß im Zweifel eher für das minus, als das plus die Vermuthung streitet [1].

Wenn aber nach der bisherigen Untersuchung als ausgemacht angenommen werden kann, daß bei einem wiederholten Versprechen desselben Promittenten, oder bei Einer oder mehreren, juristisch als Eins geltenden letztwilligen Dispositionen in der Regel mehrere auf dieselbe species gerichtete lucrative Erwerbsgründe nur als Eine Disposition, als Ein Legat, Ein Versprechen rc. gelten, so kann eben darum auch im juristischen Sinne nicht von einem Zusammentreffen mehrerer selbstständiger causae lucrativae — also überhaupt von Anwendung der römischen Vorschriften über den *concursus duarum causarum lucrativarum* im eigentlichen Sinne der Quellen nicht die Rede sein; ein solcher concursus mit seiner aufhebenden Wirkung wird vielmehr nur dann angenommen werden können, wenn die

---

welche aus der Prüfung der concreten Verhältnisse hervorgeht, sich für das Eine oder das Andere entscheiden können. Vgl. auch fr. 44 §. 1. D. de legat. II. (31.)

1) Manche der vorhergehenden und folgenden Noten enthalten Anwendungen dieser allgemeinen Regel auf die Legate.

mehreren lucrativen Forderungen auf verschiedene ganz selbstständige Dispositionen sich stützen; z. B. auf zwei Schenkungen derselben Sache durch verschiedene Schenker, mehrere Legate derselben species aus zwei Testamenten verschiedener in keinem Verhältniß der Einheit stehender Personen[1]); — und darum beziehen sich auch diejenigen Gesetzesstellen, welche den Grundsatz über den c. d. c. l. am Deutlichsten aussprechen, ausdrücklich auf den Fall verschiedener Dispositionen von mehreren selbstständigen Personen: verb.: si ex *duorum* oder *duobus* testamentis res eidem debeatur u. dergl.[2]). Doch darüber wird im folgenden §. sub pos. II. das Nähere folgen.

Aus der vorstehenden Entwickelung lassen sich auch eine Reihe zum Theil schon früher angeführter Gesetze erklären, welche mit der Vorschrift des römischen Rechts über den c. d. c. l. in unauflöslichem Widerspruch stehen würden, wenn man diese Vorschrift auf die in dem Vorhergehenden sub pos. 1 — 6. erwähnten Fälle anwenden wollte.

---

1) Vergl. im Allgemeinen Donell. l. c. §. 7. Retes l. c. Nr. 20. i. f.

2) §. 6. J. de legat. cit. fr. 34 §. 1. vergl. mit §. 2. D. de legat. I. (30.) fr. 66 §. 1. D. de legat. II. (31.) fr. 82 §. 6. D. de legat. I. (30.)

Wäre nämlich bei mehreren Schenkungen derselben Sache von Einem Schenker an Einen Beschenkten, bei mehreren Legaten in Einem Testament zu Gunsten desselben Honorirten ꝛc. ein wirklicher c. d. c. l. mit seinen eigenthümlichen Wirkungen vorhanden, so würde nach dem Früheren die zweite lucrative Forderung nur dann erlöschen, wenn der Gläubiger zuerst die Sache selbst unentgeltlich erhalten hätte, er würde aber, wenn ihm zuerst die *aestimatio* unentgeltlich geleistet worden wäre, immer noch die species selbst, als den eigentlichen Gegenstand der Forderung, verlangen können.

Nun aber sagt Ulpianus in dem schon erwähnten fr. 34 §. 1. D. de legat. I. (30.) Si eadem res saepius legetur *in eodem testamento,* amplius quam semel peti non potest, *sufficitque vel rem consequi, vel aestimationem.* — Hiernach wird das Legat erlöschen, mag nun der Legatar entweder zuerst die Sache selbst, oder zuerst den Werth derselben von dem Onerirten erhalten haben; wofür insbesondere der Gegensatz des §. 1. und §. 2. desselben fr. 34 spricht; denn bei dem doppelten Legat der nämlichen species aus Einem Testament soll nach §. 1. dieses Fragments immer nur Eine Forderung entstehen (amplius quam semel peti non potest); während ich bei zwei Vermächtnissen derselben Sache in zwei verschiedenen Testamenten bis

petere potero[1]). Mit dem angeführten fr. 34 §. 1. stimmen auch noch andere früher erwähnte Quellenzeugnisse überein. So das oben sub pos. I. 4.[2]) angeführte fr. 86 §. 1. D. de legat. I. (30.) (JULIAN.) verb.: et antequam codicilli aperirentur, Maevius *litis aestimationem* consecutus fuerit: ipso jure ex codicillis *(Stichus)* vindicari non potest: quia testator semel legatum ad eum pertinere voluit. Ebenso die dort sub pos. 4 und 5.[3]) mitgetheilten fr. 66 §. 5. D. de legat. II. (31.) und fr. 84 §. 2. D. de legat. I. (30.)

Nach diesen Gesetzesstellen steht es außer Zweifel, daß bei mehrmaligem Legiren derselben species in dem Testament Eines Erblassers, oder einmal in dem Testament, und sodann in dem Codicill des nämlichen Erblassers, oder einmal in dem Testament des Erblassers und darauf in dem Testament des Erben, der Legatar immer nur entweder den Werth des Legats, oder die legirte Sache selbst fordern kann, und wenn die eine oder die andere dieser alternativen Forderungen, ganz gleich, welche zuerst, befriedigt ist, jeder weitere Anspruch erlischt.

Nach der hier vertheidigten Ansicht lassen sich diese

---

1) Das Nähere darüber weiter unten.

2) S. 77 oben.

3) S. 76 — 78 oben.

Gesetze ohne Schwierigkeit erklären und mit den Bestimmungen über den c. d. c. l. vereinigen. — Wenn nämlich die erwähnten mehrmaligen Legate derselben species, das mehrfache Versprechen der nämlichen Sache durch Einen Promittenten juristisch nur für Ein Legat, für Eine Schenkung gelten, so müssen auch mit nothwendiger Consequenz die allgemeinen Grundsätze über das einfache Legat Einer species, die einmalige Schenkung Einer Sache zur Anwendung kommen, nach welchen immer nur entweder die Sache selbst, oder aber deren Werth, allein nie beide zugleich, gegeben zu werden brauchen [1]).

Gegen die vorstehende Erörterung könnte etwa eingewendet werden: Die oben §. 3. S. 18. 19 angeführten Gesetzesstellen, welche von dem c. d. c. l., als einer generellen Regel, handeln [2]), seien so allgemein gefaßt, daß nothwendig auch die Fälle, wenn aus Einer Disposition, oder aus mehreren Ein Ganzes bildenden, oder im Zusammenhang stehenden Dispositionen zwei lucrative Erwerbsgründe für denselben Gläubiger entstehen, darunter subsumirt werden müßten. — Dar-

1) Vergl. im Allgem. §. 4. J. de legat. (2, 20.) fr. 14 §. 2. fr. 30 §. 6. D. de legat. III. (32.)

2) fr. 17 D. de O. et A. (44, 7.) fr. 61 D. de solution. (46, 3.) fr. 83 §. 6. pr. D. de V. O. (45, 1.)

auf läßt sich erwiedern: Alle diese Stellen enthalten nur die Vorschrift, daß, wenn die den Gegenstand der mehreren lucrativen Forderungen bildende species selbst gegeben worden ist, die übrigen causae lucrativae erlöschen; und in so fern stehen sie mit der hier vertheidigten Ansicht durchaus in keinem Widerspruch, weil in allen oben sub pos. 1 – 6. aufgeführten Fällen die lucrative Forderung ohne allen Zweifel erlischt, wenn der creditor die Sache selbst unentgeltlich zum Eigenthum erhalten hat. Die eigentliche Frage bleibt nur die, ob auch bei der bloßen Leistung der aestimatio in jenen sechs Fällen die obligatio aufhört. Um diese zu verneinen, müßte man zu einem argumentum a contrario aus den oben §. 3. allegirten generellen Gesetzesstellen seine Zuflucht nehmen, in der Art nämlich: Wenn die Debitoren nur durch die Uebergabe der Sache selbst Befreiung von ihrer Schuld erhalten, so können sie eben darum durch die bloße Zahlung der aestimatio nicht frei werden. — Allein zu einem solchen Argument fehlen durchaus die nöthigen Erfordernisse; denn keine jener allgemeinen Gesetzesstellen bezieht sich speciell auf den Fall, wenn aus Einer oder mehreren Ein Ganzes bildenden Dispositionen die lucrative Forderung entstanden ist, wenn gleich nicht geläugnet werden soll und kann, daß in dem ganz generellen Ausdruck des Julianus:

Omnes debitores – liberantur [1]); und des Paulus: In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit – competit liberatio [2]), auch der letzterwähnte Fall begriffen sein könnte. Zu einem stringenten argumentum a contrario müßten aber die gedachten Gesetze weit specieller und bestimmter gefaßt sein. Wir werden deßhalb um so sicherer hier den oben sub pos. 1 – 6. angeführten Quellenzeugnissen folgen können, welche sich ex professo auf unsere Frage beziehen; zumal, wenn wir damit den §. 6. J. de legat. cit. verbinden, welcher die Regel über den c. d. c. l. so deutlich, wie keine andere Gesetzesstelle, ausspricht, und dabei ausdrücklich den Fall zweier völlig selbstständigen Dispositionen (Testamente) voraussetzt [3]), wor-

---

1) fr. 17 D. cit.

2) fr. 61 D. cit.

3) Roßhirt, Vermächtnißlehre S. 449 Not. 4. bemerkt zwar: „Auch kann man nicht gerade sagen, daß ex *duobus* testamentis im §. 6. J. de legat. heißen müsse — ex *duorum* testamentis, weil ja ausnahmsweise duo testamenta desselben Individuums, sicher aber duo codicilli neben einander bestehen können. Wir glauben, daß die Sache unter den römischen Juristen zweifelhaft war." — Dagegen muß zuvörderst bemerkt werden, daß nach der Auffassung unseres Grundsatzes in den Institutionen und bei Theophilus derselbe zu Justinian's Zeiten sich durch Ueberlieferung (Tradition) vollkommen festgestellt hatte, wenn er auch

aus man ebenso, und mit noch mehr Grund, wie vorhin, durch ein argumentum a contrario auf Eine Disposition oder mehrere zusammenhängende Dispositionen zurückschließen könnte.

Für negotia mortis causa muß hiernach die Sache als entschieden gelten; namentlich nach

fr. 34 §. 1. D. de legat. I. (30.) (ULPIANUS.)

Si eadem res saepius legetur in *eodem* testamento, amplius quam semel peti non potest, *sufficitque, vel rem consequi, vel aestimationem.*

Darum bleibt nur noch die Erörterung der Frage

---

unter den classischen Juristen noch bestritten war. (S. 14. 16 oben.) Sodann kann nach den Worten des §. 6. cit. von zwei Codicillen doch wohl keine Rede sein; und die Worte „si ex duobus testamentis", wie sie ganz allgemein im §. 6. stehen, sind gewiß ebensowenig von höchst singulären Ausnahmsfällen zu verstehen, wenn man etwa auch zugeben sollte, daß in solchen Fällen zwei verschiedene Testamente Einer Person neben einander bestehen können. Außer allen Zweifel scheint dem Verf. die Sache durch die Paraphrase von Theophilus gestellt zu werden, welcher „ex *duobus* testamentis" ausdrücklich durch „ex *duorum* testamentis" erklärt: verb.: ἐκ τῆς τοῦ ἑνὸς διαθήκης — ἐκ τῆς ἑτέρας διαθήκης. Vergl. auch S. 60 Not. 1. oben und fr. 34 §. 8. D. de legat. I. (30.) §. 8. g. E. unten. fr. 66 §. 1. D. de legat. II. (31.)

übrig: ob bei Rechtsgeschäften unter Lebenden dasselbe gelte, wie bei *negotia mortis causa?*

Hier sagt nun Pomponius in dem schon erwähnten fr. 18 D. de V. O. (45, 1.) Qui bis idem promittit, *ideo jure amplius quam semel non tenetur;* — was doch wohl dasselbe ist, wie der Ausdruck des Ulpianus in fr. 34 §. 1. cit.: amplius quam semel peti non potest. Nur der Schluß des letzteren: sufficitque, vel rem consequi, vel aestimationem, fehlt. Liegt dieser aber nicht schon nach allgemeinen Grundsätzen mit Nothwendigkeit in den Worten des fr. 18 cit.? — Denn, wenn ein mehrmaliges Versprechen derselben Sache durch Eine Person nur Eine Verpflichtung begründet, oder einem einzigen Versprechen in seiner rechtlichen Wirkung gleich steht, und das „idem" nur einmal gefordert werden kann, so ist eben dadurch jede zweite Forderung ausgeschlossen. Nur darin könnte etwa noch ein Bedenken gefunden werden, ob die Leistung der aestimatio schon zur Tilgung der obligatio hinreiche.

Auch dieses Bedenken wird sich durch die Gleichstellung der mehreren Versprechen mit einem einzigen heben lassen.

Zwar ist schon früher erwähnt worden, daß der creditor bei einem Versprechen zunächst den eigentlichen Gegenstand desselben, also hier die species selbst, fordern kann; wenn er aber bei Einem Versprechen, oder

bei wiederholten der Wirkung nach für Eins geltenden Versprechen den Werth der Sache ohne weiteren Vorbehalt gefordert hat, oder wenn ihm statt der Sache selbst die aestimatio angeboten wurde, und er die letztere ohne weitere Bedingungen oder Reservation angenommen — liegt darin nicht, nach dem natürlichen Zusammenhang des Vorgangs, eine stillschweigende Uebereinkunft der Parteien, daß an die Stelle der Sache selbst deren Werth treten solle? — und Niemand wird behaupten können, die obligatio sei dadurch noch nicht erfüllt, sondern die Verpflichtung zur Leistung der species selbst dauere noch fort. Denn die Parteien können ja, nach bekannten allgemeinen Grundsätzen, vermöge ausdrücklicher oder stillschweigender Uebereinkunft, statt der Leistung der Sache selbst, die Zahlung des Werthes annehmen[1]). Und dafür spricht auch sicher die aequitas im Sinne der Regel: Bona fides non patitur, ut bis *idem* exigatur[2]).

---

1) Gajus III. §. 168. pr. J. quib. mod. tollitur obl. [3, 29. (30.)] const. 17 C. de solut. (8, 43.) const. 9 C. de rescind. vend. (4, 44.) fr. 21 §. 4. D. de A. E. V. (19, 1.) fr. 2 §. 1. D. de reb. cred. (12, 1.)

2) Ganz anders, wie oben S. 67 Not. 2. S. 68 ff. bei der Concurrenz mehrerer lucrativer Erwerbsgründe aus verschiedenen selbstständigen Dispositionen verschiedener Personen, wobei na-

Ueberhaupt ist zum Schluß nochmals daran zu erinnern, daß die Vorschriften über den c. d. c. l. als eine Ausnahme von allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu betrachten sind. Da nun keine Gesetzesstelle den Fall, wenn dieselbe species mehrmals von demselben Promittenten versprochen worden ist, zu jenem concursus zählt, wie schon früher gezeigt wurde; so darf auch hier die Vorschrift über das Zusammentreffen mehrerer lucrativer Erwerbsgründe nicht über ihre erweislichen Gränzen ausgedehnt werden; oder, wenn wir das Ganze noch einmal kurz zusammenfassen: Das wiederholte lucrative Versprechen derselben species durch denselben Promittenten zu Gunsten des nämlichen Gläubigers fällt, da es für Ein Versprechen gilt, unter die allgemeinen Grundsätze über die solutio der Obligationen, nach welchen zu dessen Erfüllung, vermöge ausdrücklicher oder stillschweigender Uebereinkunft der Parteien, statt der species selbst, zur gültigen und vollständigen Erfüllung der obligatio, ohne Zweifel auch die aestimatio geleistet werden kann. —

Von der bisherigen Entwickelung weichen einige neuere Schriftsteller in mehrfacher Hinsicht ab; na-

---

türlich nicht, wie hier, von einer stillschweigenden Uebereinkunft die Rede sein kann.

mentlich Roßhirt, welcher sich an Einem Orte[1]) also ausspricht: „Nicht ohne Bedenken ist auch die Rücksicht, ob die beiden Leistungen bei Geschäften inter vivos von zwei verschiedenen Personen oder von derselben Person zu machen sind, denn, wenn man auch nicht läugnen kann, daß die Solutionsart auch auf den ersten Fall geht, wobei die Analogie zu den letztwilligen actus eingreift, so dürfte doch leichter die Anwendung auf den zweiten Fall (also wenn Ein Promittent mehrmals versprochen hat) sich machen, da sich der Satz offenbar auf die in causis lucrativis hervorgehobene Billigkeit gründet, und daher dürfte auch hier der Gedanke nicht als allgemein hingeworfen gelten, sondern erst auf die concreten Fälle mit juristischem Geiste zu verarbeiten sein." — Und an einem andern Orte[2]) sagt derselbe Schriftsteller noch bestimmter: „Nichts kommt darauf an, ob das Vermächtniß aus zweien Anordnungen desselben Testators oder aus zweien Anordnungen verschiedener Testatoren gegeben ist. Wenn auch ursprünglich der Satz zunächst darauf berechnet sein mochte, daß, wenn Jemand inter vivos eine Sache verschenkt hatte, der Schenknehmer nicht

---

1) Zeitschrift S. 26 Not. 39.

2) Vermächtnißlehre S. 449 pos. d.

noch deren Werth ansprechen könne, soferne die Sache auch im Testamente des Schenkers ihm zugedacht war, so wurde doch der Gedanke, daß Jemand ex lucrativa causa die Sache nicht zweimal haben solle, auch auf verschiedene Personen als Testatoren angewendet." rc.

Unsere Ansicht weicht, wie eine Vergleichung leicht zeigt, von der Roßhirt's darin wesentlich ab, daß wir die Fälle, wenn dieselbe Person die nämliche *species* zwei oder mehrmals *ex causa lucrativa* versprochen, oder durch ein mehrfaches *negotium mortis causa*, z. B. durch Legat, in dieser Art zugewendet hat — daß wir diese Fälle überhaupt gar nicht unter die Vorschrift des c. d. c. l. rechnen, weil nach der früheren Ausführung eben nur Eine, nicht aber mehrere Forderungen existiren; während Roßhirt gerade umgekehrt in den Fällen der angegebenen Art den c. d. c. l. in seiner ursprünglichen und eigentlichen Bedeutung findet.

Wollte man nun mit Roßhirt hier den c. d. c. l. mit seiner eigenthümlichen Wirkung eintreten lassen, so müßte man entweder durch die Leistung der aestimatio die Forderung in den oben sub pos. 1 — 6. angeführten Fällen noch nicht als getilgt ansehen; wodurch man aber in offenbaren Widerspruch mit den dort allegirten Gesetzesstellen gerathen würde; oder

man müßte, wie Schrader[1]), in jenen Fällen eine Ausnahme von der Regel über die Wirkungen des c. d. c. l. finden; was aber eben so wenig aus den Quellen sich nachweisen läßt. Dagegen steht die hier vertheidigte Ansicht, wie dem Verf. scheint, sowohl mit den allgemeinen Grundsätzen über die Obligationen, und dem natürlichen Verhältniß der Sache, als mit allen speciellen gesetzlichen Belegen in vollkommenem Einklang.

§. 8.

II. Nachdem wir im vorigen §. die Fälle ausgeschieden haben, in denen der concursus duarum causarum lucrativarum mit den eigenthümlichen Wirkungen nicht eintritt, müssen wir nunmehr die Fälle genauer zusammenstellen, welche nach den Quellen zu jenem concursus im eigentlichen Sinne des römischen Rechts gehören; nämlich: wenn die mehreren lucrativen Erwerbsgründe aus verschiedenen Dispositionen verschiedener selbstständiger Personen[2]) herrühren.

---

1) ad §. 6. J. de legat. verb.: *hac ratione*, bei Gelegenheit des oben S. 78 Not. 1. erklärten fr. 84 §. 2. D. de legat. I. (30.)

2) Daß das Testament des Erben im Verhältniß zum Testament des Erblassers nicht als eine selbstständige Disposition

Bei solchen Dispositionen läßt sich gewöhnlich die Entscheidung nicht in der Art, und nicht so allgemein, wie im §. 7. bei den sub pos. 1 — 6. erwähnten Fällen des s. g. uneigentlichen concursus duarum causarum lucrativarum [1]), von dem vermuthlichen Willen der Disponirenden abhängig machen; denn, wenn die mehrfache lucrative Disposition aus der Willensäußerung Einer Person hervorgeht, so können die concreten Verhältnisse wohl eher einen Fingerzeig geben, ob neben der species selbst auch noch deren Werth zu leisten sei; weil dann die mehrfache Verfügung nicht selten in einem näheren inneren Zusammenhang steht, und auf jeden Fall daraus nur der Wille Einer Person, und zwar allein aus ihren eignen Handlungen zu folgern ist; wenn dagegen in zwei ganz getrennten Verfügungen mehrerer selbstständiger Personen [2]) dieselbe species der nämlichen Person zugedacht ist, so wird daraus in der Regel sehr schwer zu folgern sein, ob auch dann, wenn die species an

in dem oben angegebenen Sinne gelten kann, weil der heres juristisch Eine Person mit dem Erblasser ausmacht; ist schon oben im vorigen §. pos. I. 5. S. 77 mit Hinweisung auf fr. 84 §. 2. D. de leg. I. (30.) bemerkt worden.

1) S. 73 ff. oben.

2) Der eine Disponent hat ja gewöhnlich gar keine Kenntniß der Verfügung des andern. S. auch weiter unten.

den Gläubiger ex causa lucrativa gekommen ist, nach der Absicht des Disponirenden noch die aestimatio derselben zu entrichten sei[1]; obgleich es keinem Zweifel unterliegt, daß diese Absicht, sobald sie sich nachweisen läßt, respectirt werden muß[2].

Aus diesen Gründen geben denn hier die positiven Gesetze, in Ermangelung anderer sicherer Anhaltspunkte, die allgemeine leitende Norm an.

Zur genaueren Betrachtung des concursus duarum causarum lucrativarum im eigentlichen Sinne der Quellen sind folgende Arten desselben von einander zu unterscheiden:

1) Dieselbe *species* ist in zwei oder mehreren Testamenten (d. h. in den Testamenten von zwei oder mehreren Testatoren) demselben Honorirten legirt worden:

§. 6. J. de legat. (2, 20.)

Hac ratione, si ex *duobus* testamentis[3]) eadem res eidem debeatur etc.

Ebenso Papinianus in fr. 66 §. 1. D. de legat. II. (31.)

---

1) Das Nähere weiter unten in diesem §. S. 109.

2) fr. 21 §. 1. D. de legat. III. (32.) Roßhirt, Vermächtnißlehre S. 451 oben. Das Nähere sogleich unten pos. 3.

3) Ueber die Auslegung der Worte „*duobus* testamentis" vgl. S. 88 Not. 3. oben.

Duorum testamentis pars fundi, quae Maevii est [1]), Titio legata est: non ineleganter probatum est, ab uno herede soluta parte fundi, quae Maevii fuit, ex *alio testamento liberationem obtingere,* neque postea parte alienata revocari actionem semel extinctam.

Nach der allgemeinen Fassung dieser Gesetzesstellen müssen dieselben sowohl auf den Fall sich beziehen, wenn das Legat in den verschiedenen Testamenten der nämlichen Person, als Onerirten, auferlegt worden ist, als auf den Fall, wenn verschiedene Personen in den mehreren Testamenten als Onerirte erscheinen; weil die ganze Entscheidung allein auf der Concurrenz der mehreren lucrativen Erwerbsgründe in der Person Eines Gläubigers beruht. Ja der letztere Fall wird im Allgemeinen der gewöhnlichere sein, da meistens in verschiedenen Testamenten auch verschiedene Personen zu Erben eingesetzt werden.

Auf den Fall, wenn Eine Person als onerirter Erbe in beiden Testamenten erscheint, kann der Ausspruch des Juristen Africanus bezogen werden in

fr. 108 §. 5. D. de legat. I. (30.)

Sed si cum mihi ex testamento *Titii* Stichum *de-*

1) Es ist also hier von einem bestimmten Theil die Rede; anders verhält es sich, wenn ein unbestimmter Theil legirt worden. Darüber s. §. 10. pos. 2. 3. unten.

heres, eundem *a te herede Sempronius* mihi legaverit, fideique meae commiserit, ut eum alicui restituam, legatum utile erit: *quia non sum habiturus.*

In diesem Falle würde Africanus, wie sich aus der Vergleichung des unmittelbar vorhergehenden, mit unserem §. 5. in genauer Verbindung stehenden §. 4. des Fragments ergibt, ohne Zweifel einen c. d. c. l. mit seiner vernichtenden Kraft angenommen, und demgemäß, sobald der legirte Sklave einmal gehörig gegeben war, das zweite Legat des Stichus für inutile erklärt haben, wenn der Legatar nicht die legirte species nach den Bestimmungen des Einen Testaments hätte restituiren müssen; wodurch natürlich der c. d. c. l. wegfällt: quia non sum habiturus[1]).

2) Was von dem Legat derselben species in zwei verschiedenen Testamenten gesagt worden ist, muß auch von dem Vermächtniß der nämlichen Sache in mehreren Codicillen verschiedener Codicillanten gelten, weil Codicille und Testamente hier als ganz gleich zu betrachten sind.

3) Der c. d. c. l. im eigentlichen Sinne tritt ebenso ein, wenn eine species dem Honorirten durch ein Singularfideicommiß hinterlassen worden,

---

1) Vgl. oben §. 5. pos. III. 3. a. S. 51 f.

dieselbe aber schon vorher ex causa lucrativa an den Honorirten gekommen war:

fr. 21 §. 1. D. de legat. III. (32.) (Paulus.)

Fideicommissum relictum, et apud eum, cui relictum est, ex causa lucrativa inventum, extingui placuit: nisi defunctus aestimationem quoque ejus praestari voluit.

Roßhirt[1]) macht hier auf den Beisatz am Schlusse der Stelle aufmerksam, „daß man bei dem Fideicommiß nach den Quellen genau untersuchen solle, ob der Anordnende nicht neben der Sache noch auch den Werth ausdrücklich geben wollte"[2]).

Ob diese Vorschrift nun, wie Roßhirt anzunehmen scheint, als etwas Besonderes bei den Fideicommissen zu betrachten sei, möchte sich bezweifeln lassen; weil bei Testamenten überhaupt und demnach auch bei Legaten, wie früher gezeigt worden ist[3]), der vermuthliche Wille des Disponirenden im Allgemeinen die leitende Norm abgibt, und für die Gleichstellung

1) Vermächtnißlehre S. 451 oben.

2) Genauer würde man wohl sagen: Das Fideicommiß solle erlöschen, wenn nicht die Absicht des Verstorbenen nachgewiesen werden kann, daß neben der species auch noch deren Werth entrichtet werden solle. — Der Ausdruck „genau untersuchen" könnte hier leicht Mißverständnisse veranlassen.

3) §. 7. S. 79 Not. 1. oben.

der Fideicommisse und Legate hier noch ein Argument aus fr. 34 §. 3. D. de legat. I. (30.) (Ulpian.) gezogen werden kann: Sed si non corpus sit legatum, sed quantitas eadem in eodem testamento saepius, Divus Pius rescripsit, tunc saepius praestandam summam, si evidentissimis probationibus ostendatur, testatorem multiplicare legatum voluisse. *Idemque et in fideicommisso constituit.* etc.[1]) in Verbindung mit dem oben[2]) angeführten fr. 42 i. f. D. usufructu (7, 1.)

Auf jeden Fall muß man aber mit Roßhirt behaupten, daß nach Verschmelzung der Legate und Fideicommisse im neueren Recht die Vorschrift des fr. 21 §. 1. cit. für alle Vermächtnisse gilt; und daß demnach immer außer der hinterlassenen species noch deren Werth zu entrichten ist, wenn auf irgend eine Art genügend dargethan werden kann, daß darauf die Absicht des Testators gerichtet war[3]), wie dieß schon früher bemerkt worden.

4) Ebenso tritt ein solcher concursus ein, wenn dieselbe species von verschiedenen Personen

---

1) Vgl. §. 9. pos. 1. unten, wo diese Stelle ihrem eigentlichen Inhalt nach genauer betrachtet wird.

2) S. 80.

3) Für den Fall zweier Legate in Einem Testament wird dasselbe ausdrücklich gesagt in dem oben S. 80 mitgetheilten fr. 42 i. f. D. de usufructu (7, 1.)

dem Einen Gläubiger selbstständig *ex causa lucrativa* versprochen, und von dem Einen der mehreren Debitoren wirklich auf gehörige Art gegeben worden ist.

Dafür lassen sich theils die mehrerwähnten allgemein lautenden Gesetzesstellen anführen, theils speciell

fr. 56 §. 7. D. de V. O. (45, 1.) (JULIANUS.)

Si *a te stipulatus fuero* fundum Sempronianum, deinde eundem fundum detracto usufructu *ab alio stipulor:* prior stipulatio non novabitur: quia nec solvendo fundum detracto usufructu liberaveris, *sed adhuc a te recte fundi usumfructum peterem*[1]). Quid ergo est? *cum mihi fundum dederis, is quoque liberabitur, a quo detracto usufructu stipulatus fueram.*

Daß hier zunächst eine doppelte stipulatio ex lucrativa causa gemeint ist, kann nach dem ganzen Zusammenhang der Stelle nicht bezweifelt werden; denn, wäre eine stipulatio ex titulo oneroso vorhanden, so müßte nach den allgemeinen, oben §. 3. entwickelten Gründen, jede obligatio ganz erfüllt werden, von dem einen debitor durch Geben des ganzen fundus, von dem andern durch Zahlung des Werths nach Abzug des Nießbrauchs. Sie würden cumulativ und un-

1) fr. 56 §. 6. eod. fr. 17. 27 D. quib. mod. ususfr. (7, 4.)

geschmälert neben einander bestehen, während in unserer Stelle, nach der Entscheidung von Julianus, die eine Forderung so weit aufgehoben wird, als sie in der andern enthalten ist, und nur das Mehr, bei welchem kein c. d. c. l. Statt findet, noch übrig bleibt. Wenn dagegen die Forderung, welche das plus enthält, erfüllt ist, so muß eben damit auch die andere Forderung auf das im plus enthaltene minus vollständig aufhören, wie dieß Alles in der früheren Entwickelung genauer erörtert worden ist [1]). Der Grund aller dieser Bestimmungen kann ohne Zweifel allein in der aufhebenden Wirkung des c. d. c. l. liegen.

Nach den bisher angegebenen Arten des c. d. c. l. im eigentlichen Sinne bleibt noch die letzte übrig:

5) wenn dieselbe species einmal aus einem lucrativen Versprechen (einem Rechtsgeschäft unter Lebenden) und sodann aus einem Testament oder Codicill (einem *negotium mortis causa*) demselben creditor ex causa lucrativa verschuldet, und von dem Einen der Debitoren gehörig geleistet wird.

Neben den mehrerwähnten generellen gesetzlichen Vorschriften über unseren concursus, welche auch den hier in Frage stehenden Fall nach ihrer generellen

1) §. 3. pos. 7—9. S. 24—28 oben.

Fassung in sich schließen[1], können noch als specielle Belege hier angeführt werden:

fr. 108 §. 1. D. de legat. I. (30.) (Africanus.)

Si id, quod *ex testamento mihi debes*, quilibet alius servo meo *donaverit:* manebit adhuc mihi ex testamento actio etc.

Hier würde offenbar nach dem ganzen Zusammenhang des Fragments ein wahrer c. d. c. l. vorhanden sein, wenn die Schenkung an den Herrn selbst, und nicht an dessen Sklaven geschehen wäre; wie oben §. 4.[2]) näher ausgeführt worden ist.

Daran schließt sich der bekannte §. 4. desselben Fragments: Stichum, *quem de te stipulatus eram,* Titius *a te herede mihi legavit:* si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit, utile legatum esse, placebat: sin e duabus, tunc magis placet, inutile esse legatum: quia nec absit quidquam, nec bis eadem res praestari possit.

In dieser Gesetzesstelle erscheint zwar Eine Per-

1) Dazu läßt sich auch noch das vorhin sub pos. 3. angeführte fr. 21 §. 1. D. de legat. III. (32.) zählen; weil die Worte: „apud eum — ex causa lucrativa *inventum*" so allgemein gefaßt sind, daß darunter sowohl der Erwerb aus einem lucrativen Rechtsgeschäft unter Lebenden, als einem Rechtsgeschäft auf den Todesfall begriffen ist.

2) S. 35 ff. oben.

son als debitor bei den beiden Obligationen ex causa lucrativa [1]; dieß ändert aber an dem wahren c. d. c. l. hier durchaus Nichts; denn ein jeder von diesen lucrativen Erwerbsgründen ist ursprünglich als eine für sich bestehende Disposition einer selbstständigen Person existent geworden: die stipulatio des jetzigen Erben, und das Legat des Testators; welche beide Personen nach dem Zusammenhang der Stelle zur Zeit der Errichtung der Dispositionen in keinem Verhältniß der unitas personae sich befanden [2]. Darum kann

---

1) Der Umstand, ob Eine oder mehrere Personen Debitoren sind, ist ja überhaupt für den c. d. c. l. ohne wesentliche Bedeutung, wie die frühere Untersuchung gezeigt hat; wesentlich erscheint nur die Frage, ob die mehreren lucrativen Erwerbsgründe aus mehreren selbstständigen Dispositionen verschiedener Personen hervorgehen, oder nicht.

2) Dadurch unterscheidet sich dieser Fall von dem oben §. 7. pos. I. 5. S. 77 angegebenen des Julianus in fr. 84 §. 2. D. de legat. I. (30.). Nach diesem hatte Sempronius den Titius zum Erben eingesetzt, und demselben auferlegt, dem Mävius ein Grundstück zu geben; Titius darauf (deinde, d. h. nachdem er Erbe geworden) dem Mävius dasselbe Grundstück von seinem Erben legirt. Hier war nämlich Titius nach dem Zusammenhang der Gesetzesstelle zur Zeit der Errichtung des Legats bereits juristisch Eine Person mit dem Erblasser, und darum werden diese beiden Testamente als Eine Disposition betrachtet, wie schon Dio-

hier der vermuthliche Wille des Disponirenden ebenso wenig als allgemeine Norm der Entscheidung dienen, als dieß der Fall wäre, wenn die beiden causae lucrativae noch jetzt, wie Anfangs, hinsichtlich der Debitoren völlig getrennt neben einander beständen. Denn es läßt sich doch aus der späteren Veränderung der Umstände nicht auf den Willen zur Zeit der Errichtung der Disposition (welcher Zeitpunkt allein entscheiden kann) zurückinterpretiren[1])!

Nach der bisherigen Erörterung muß man behaupten, daß der c. d. c. l. mit seinen eigenthümlichen Wirkungen, unter Voraussetzung der allgemeinen früher entwickelten gesetzlichen Erfordernisse desselben, nicht bloß bei einem Zusammentreffen solcher verschiedener causae aus Rechtsgeschäften auf den Todesfall Statt

---

NYS. GOTHOFRED. ad fr. 84 §. 2. cit. bemerkt hat. In unserem fr. 108 §. 4. dagegen tritt gerade das Gegentheil ein.

1) Der gegenwärtige Fall steht also nicht demjenigen gleich, wenn demselben Onerirten in dem nämlichen Testament das Legat der gleichen species doppelt auferlegt ist; denn hier haben beide Dispositionen nur Einen und denselben Grund, während in fr. 108 §. 4. ursprünglich eine selbstständige stipulatio und ein davon getrenntes selbstständiges Legat später durch zufällige Umstände in der nämlichen Person, als debitor, zusammentreffen, wie schon oben bemerkt worden ist.

findet, sondern daß er in demselben Maaße auch dann eintritt, wenn lucrative negotia inter vivos mit lucrativen negotia mortis causa concurriren; sowie es auch nach der Darstellung sub pos. 4. oben keinem Zweifel unterliegt, daß die Vorschrift über den erwähnten concursus im Falle des Zusammentreffens mehrerer lucrativer Erwerbsgründe aus Rechtsgeschäften unter Lebenden Statt findet.

Darum kann der Verf. auch nicht mit Roßhirt[1]) übereinstimmen, welcher für „durchaus zweifel-

1) Zeitschrift S. 25 pos. b. — Derselbe Schriftsteller sagt später in seiner Vermächtnißlehre S. 449 a. E. S. 450 oben: „Ob die Ausdehnung auch soweit gehe, daß, wenn der Eine inter vivos die Schenkung gemacht, der Andere mortis causa sie macht, der concursus mit seinen Folgen Anwendung habe, und ob endlich, da der Satz selbst auch auf Obligationen inter vivos anwendbar ist, der eine promissor ex causa lucrativa sich liberirt halten kann, wenn ein Anderer bereits dieselbe Sache titulo lucrativo gegeben hat, ist freilich damit nicht ausdrücklich entschieden, und die eben gemachte Note *) kann Zweifel erregen." — Zu dem ersten in dieser Stelle erwähnten Punkt bemerken wir hier nur, daß es uns nach der allgemeinen Fassung unseres Grundsatzes durchaus unbedenklich erscheint, wenn derselbe auch auf die

*) Der Inhalt dieser Note ist schon oben S. 88 Not. 3. genauer geprüft worden. Vgl. auch §. 3. oben u. S. 112 ff.

haft" hält, wie weit der Satz auf negotia inter vivos auszudehnen sei; und namentlich behauptet: „wir könnten hier nicht sagen, daß, wenn der creditor zuerst aestimationem empfangen habe, er dennoch auch rem noch haben könne; denn bei Testamenten sei der Wille des Disponirenden viel liberaler zu behandeln, als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden. Dort nämlich sei der allgemeine Zweck der, weil man seine Sachen nicht mitnehmen könne, sie ohne weitere Zwecke zu verschenken, hier aber bei Geschäften unter Lebenden sei gewöhnlich ein specieller Zweck da, und aus diesem der Umfang der Liberalität näher zu bestimmen."

Roßhirt ist wohl auch hier wieder zu dieser Ansicht dadurch veranlaßt worden, daß er unter den c. d. c. l. solche Fälle rechnet, welche nach der hier angenommenen Ansicht gar nicht darunter subsumirt werden dürfen. Dieß sind diejenigen, bei denen die indi-

---

Concurrenz einer donatio inter vivos mit einer donatio mortis causa angewendet wird, wie dieß auch oben S. 23 geschehen ist. Denn erscheint eine Schenkung auf den Todesfall im Allgemeinen weniger als eine causa lucrativa, als ein Legat oder Fideicommiß? und sollten namentlich im neueren römischen Recht, welches die mortis causa donationes beinahe in allen Punkten den Legaten gleichgestellt hat [const. ult. C. de don. mort. caus. (8, 57.)] — in diesem Punkte ganz gegen allgemeine Regeln eine Ausnahme eintreten? —

viduelle Absicht, der vermuthliche Wille des Disponirenden, als allgemeine leitende Richtschnur für die Entscheidung dienen kann, wie oben §. 7. pos. 1 – 6. Dagegen bei zwei völlig getrennten und selbstständigen Dispositionen läßt sich eben nur sagen, daß jeder Disponent den Zweck gehabt habe, dem Gläubiger die bestimmte species ex causa lucrativa zuzuwenden; und nun muß der Gesetzgeber mit dem Gebot dazwischen treten, daß, wenn der Gläubiger die Sache selbst unentgeltlich erhalten habe, er die aestimatio nicht noch hinterdrein verlangen könne; denn sonst würde der creditor nach allgemeinen Gründen Beides zu fordern berechtigt sein. Soweit demnach das Gesetz die Forderung beider Gegenstände nicht verbietet, ist sie erlaubt; da die Vorschrift über den c. d. c. l., als eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, strict interpretirt werden muß. Nun sagt aber Paulus in fr. 83 §. 6. D. de V. O. (45, 1.) Si *rem* – nactus fuero ex causa lucrativa, evanescit *stipulatio;* – ebenso Julianus in fr. 17 D. de O. et A. (44, 7.) *Omnes* debitores – liberantur, cum *ea species* ex causa lucrativa ad creditores pervenisset; – und diese Stellen beziehen sich nach der Rubrik des Titels, und zum Theil nach dem Inhalt, ohne Zweifel auf mehrere stipulationes, also auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Damit stimmt auch das von Roßhirt selbst angeführte fr. 61 D. de

solut. (46, 5.) (Paulus.) überein: In perpetuum quotiens *id, quod tibi debeam*, ad te pervenit — competit liberatio; denn nach der allgemeinen Fassung dieser Stelle sind doch unter dem „id, quod tibi debeam" auch Forderungen aus einem negotium inter vivos (Versprechen) begriffen; und der eigentliche Gegenstand einer auf eine bestimmte species gerichteten Forderung (das id, quod tibi debeam) ist eben bei Rechtsgeschäften unter Lebenden, wie auf den Todesfall, die species selbst, nicht aber die aestimatio, wie in der früheren Untersuchung näher gezeigt worden ist. Steht es aber hiernach fest, daß nur durch die Leistung der species selbst der c. d. c. l. mit seiner vernichtenden Kraft bei Rechtsgeschäften unter Lebenden eintritt, so geht daraus zugleich auch mit Nothwendigkeit hervor, daß die bloße Leistung der aestimatio diesen concursus nicht begründen kann.

Es läßt sich aus diesem Grunde auch nicht mit dem genannten Schriftsteller sagen[1]), daß „uns die Quellen hier gänzlich verlassen"; denn die angeführten allgemeinen Gesetzesstellen geben uns genügenden Grund zu einem stringenten argumentum a contrario[2]), und

---

1) Zeitschrift S. 25 pos. b. i. A.

2) Da wir hier aus den angeführten generellen Gesetzesstellen ein argumentum a contrario für den eigentlichen c. d.

die oben pos. 4 u. 5.[1]) mitgetheilten Gesetzesstellen enthalten ausdrückliche Anwendungen der aus diesem argumentum gezogenen Folgerung auf einzelne specielle Fälle[2]).

Die vorstehende Untersuchung sub pos. II. hätte vielleicht, weil sich deren Resultat schon von selbst aus der früheren Entwickelung ergibt, weit kürzer gefaßt werden können, wenn nicht Eine Digestenstelle aus den Schriften von Ulpianus hier einige Zweifel erregte, nämlich das mehrerwähnte

---

c. l. ziehen, so steht das hier Gesagte auch nicht in Widerspruch mit dem oben §. 7. S. 86 ff. Bemerkten. Dort bei dem s. g. uneigentlichen c. d. c. l. wurde nicht statuirt, ein solches Argument für jenen uneigentlichen concursus zu ziehen; weil diese Gesetzesstellen gar nicht davon handeln; während dagegen hier gerade von dem wahren Zusammentreffen zweier lucrativer Erwerbsgründe mit den eigenthümlichen Wirkungen die Rede ist, auf welche die gedachten generellen Gesetzesstellen speciell bezogen werden müssen.

1) S. 101 ff. oben.

2) In dem sub pos. 4. angeführten fr. 56 §. 7. D. de V. O. (45, 1.) heißt es: cum mihi *fundum* dederis, is quoque liberabitur. etc. — In fr. 108 §. 1. D. de legat. I. cit.: Si *id, quod* ex *testamento mihi debes,* quilibet alius — *donaverit* etc. Im §. 4. desselben Fragments handelt es sich allein um den lucrativen Erwerb des Sklaven Stichus; nicht um dessen Werth.

fr. 34 §. 1. u. 2. D. de legat. I. (30.)

§. 1. Si eadem res saepius legetur in *eodem* testamento, *amplius quam semel* peti non potest, *sufficitque vel rem consequi, vel aestimationem.* §. 2. Sed si *duorum* testamentis mihi eadem res legata sit, *bis petere potero:* ut ex *altero* testamento *rem consequar,* ex *altero aestimationem.*

Diese Stelle scheint, ihrem Wortinhalte nach betrachtet, mit der ganzen früheren Ausführung, namentlich mit §. 6. J. cit., in directem Widerspruch zu stehen; denn sie sagt: wenn dieselbe Sache mir in den Testamenten zweier Erblasser legirt ist, so soll ich eine doppelte Forderung haben, so daß ich aus dem Einen Testament die Sache selbst, aus dem andern die *aestimatio* fordern kann. Der c. d. c. l., welcher hier ohne Zweifel vorhanden ist, soll also die Forderung der aestimatio nicht aufheben, wenn man auch vorher die Sache selbst erhalten hat.

Wollte man einen solchen Widerspruch annehmen, so würde zuvörderst die Entscheidung zu Gunsten der früher angeführten, mit dem Zusammenhang unserer ganzen Lehre in vollem Einklang stehenden Gesetzesstellen, deren wichtigste aus den Institutionen [1])

---

1) Diese würden hier bei Aufstellung der allgemeinen Regel doch den Vorzug vor jener Stelle der Digesten verdienen!

entlehnt ist, nicht schwer fallen; da jene isolirt stehende Digestenstelle von **Ulpianus** im Gegensatz von so vielen harmonirenden Quellenzeugnissen Nichts vermag. Man würde vielleicht auch eine abweichende Ansicht oder ein Schwanken des **Ulpianus** daraus erklären können, daß die römischen Juristen über unseren Grundsatz nicht ganz einig gewesen zu sein scheinen, wie zu Anfang der Untersuchung [1]) näher angegeben worden ist. Allein **Ulpianus** hat, wie sich aus genauerer Betrachtung der angeführten Stelle ergibt, in der That keine Abweichung von der allgemeinen Regel über den c. d. c. l. einführen wollen. Das geht am Deutlichsten aus den §§. 7 und 8. desselben fr. 34 hervor: (§. 7.) Quod si rem emissem mihi legatam, *usque ad pretium, quod mihi abest,* competet mihi ex testamento actio. (§. 8.) Et multo magis hoc dicendum est, si *duobus testamentis* mihi eadem res legata sit, sed alter me restituere rogaverit, vel ipsam rem, vel aliud pro ea; aut si sub conditione legasset dandi quid pro ea: *nam hactenus* mihi abesse res videtur, *quatenus sum praestaturus.*

Zunächst ist hier zu bemerken, daß die Worte dieses §. 8.: „si *duobus* testamentis" ganz dasselbe bedeuten, wie die Worte des §. 2.: „si *duorum* testa-

1) §. 2. S. 15. 16 oben.

mentis", weil, abgesehen davon, daß Eine Person in der Regel nur Ein wirksames Testament haben kann[1]), offenbar die Worte „sed *alter* me restituere rogaverit" auf zwei Testatoren hinweisen. — Was sodann den übrigen Inhalt des §. 8. cit. betrifft, so geht daraus ganz deutlich hervor, daß, wenn in zwei Testamenten die nämliche Sache Einem Legatar vermacht worden ist, derselbe nicht aus dem Einem Testamente die ganze Sache, und aus dem andern die ganze aestimatio — also das Doppelte — verlangen kann, sondern daß er vielmehr nur das nachzufordern berechtigt ist, was er nicht ganz, unwiderruflich und unentgeltlich erhalten hat: usque ad pretium quod mihi abest; oder: nam hactenus mihi res abesse videtur, quatenus sum praestaturus; — so daß auch hier nur das Einfache gefordert werden darf, ganz so, wie dieß oben[2]) bei dem concursus duarum causarum lucrativarum im Allgemeinen angenommen worden ist. Da es sich nun nicht wohl denken läßt, daß Ulpianus in derselben Stelle sich widersprochen habe, so muß man den §. 2. mit den §§. 7 u. 8. zu vereinigen suchen. Dieß kann

---

1) §. 2. J. quib. mod. testam. infirm. (2, 17.) vgl. mit §. 13. J. de testam. (2, 10.) fr. 47 D. de legat. II. (31.) fr. 3 §. 1. D. de tab. exhib. (43, 5.)

2) §. 3. pos. I. 7 ff. S. 24 ff. §. 5. pos. III. 3. S. 54 ff.

entweder dadurch geschehen, daß man annimmt, der Jurist habe im §. 2. den Fall vor Augen gehabt, daß zuerst aus dem Einen Testament die aestimatio gegeben, und sodann aus dem andern die legirte Sache selbst gefordert wurde [1]; wodurch sein Ausspruch in volle Uebereinstimmung mit §. 6. J. de legat. cit. gebracht wäre [2]; oder man müßte annehmen, daß Ulpianus an den Fall gedacht, wenn der Legatar das Vermächtniß aus dem Einem Testamente nicht unentgeltlich erhalten habe, wodurch eine Uebereinstimmung mit den §§. 7. u. 8. sich bewerkstelligen ließe. — Zwar scheinen dem ersten Vereinigungsversuch, welchem der Verf. nach dem Zusammenhang der Stelle den Vorzug geben möchte, die Worte des §. 2.: „ut ex altero testamento rem consequar, ex altero aestimationem" zu widerstreiten; weil darin die Forderung der res der Forderung der aestimatio vorangestellt ist [3]; allein auf die Stellung der Worte ist wohl kein besonderes Gewicht zu legen, weil dieselben nicht nothwendig so verstanden werden müssen,

1) Schon die glossa ad h. l. hält nur unter dieser Voraussetzung den Ausspruch des Ulpianus für wahr. Ebenso Cujacius, Tractat. ad African. l. 108 §. 4 sqq.

2) Schrader l. c. ad §. 6. J. de legat. verb.: hac ratione.

3) Auf diese Stellung der Worte legt auch Roßhirt, Vermächtnißlehre S. 449 Not. 4. i. A., wie uns scheint, ein zu großes Gewicht.

daß man zuerst aus dem Einen Testament die Sache selbst verlangen, und, wenn man diese bereits ganz erhalten hat, aus dem andern auch noch dazu die aestimatio fordern könne, sondern sie lassen sich auch ohne unnatürlichen Zwang so interpretiren, daß darin nur im Allgemeinen gesagt ist: Wenn in zwei Testamenten dieselbe Sache legirt worden ist, so kann der Legatar unter Umständen zweimal fordern; indem man hier auf die Worte „bis petere potero" den Nachdruck legt; während nach §. 1. des Fragments in dem Falle, wenn die nämliche Sache in Einem Testament mehrmals legirt worden ist, immer und unter allen Umständen nur Eine Forderung entsteht, entweder auf die Sache selbst, oder auf die aestimatio (amplius quam semel peti non potest); einerlei, ob zuerst die Sache, oder deren Werth gegeben worden ist. — Durch diese Erklärung würde der Unterschied der Fälle des s. g. uneigentlichen und des eigentlichen c. d. c. l. in §. 1 u. 2. der Digestenstelle recht klar hervortreten, ohne daß ein Widerspruch in unseren Quellen entstände[1]).

Sollte die erste, vorhin verworfene Erklärungsart des §. 2., welche alles Gewicht auf die Stellung der Worte legt, die einzig richtige sein, so müßten diese

---

1) DONELL. l. c. §. 9. i. f. CUJAC. l. c. RETES l. c. Nr. 21.

Worte ganz anders, und zwar so lauten: „ut, *si* ex altero testamento rem *consecutus sum*, ex altero aestimationem consequar."

Vierte Abtheilung.

Zusammentreffende lucrative Erwerbsgründe, welche wegen der Beschaffenheit des Gegenstandes der Forderung nicht unter den *concursus duarum causarum lucrativarum* mit aufhebender Wirkung fallen.

---

§. 9.

Durch die ganze frühere Untersuchung ist der Gesichtspunkt durchgeführt worden, daß die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum nur dann eintritt, wenn dieselbe *species* den Gegenstand der mehreren in der Person Eines Gläubigers concurrirenden lucrativen Erwerbsgründe ausmacht; und zwar die nämliche bestimmte Sache.

Daraus geht mit Nothwendigkeit nach dem argumentum a contrario hervor, daß die Vorschrift über den c. d. c. l. keine Anwendung leidet, wenn ein *genus*,

oder eine **nicht genau bestimmte Sache** das Object der mehreren causae lucrativae bildet. — Da nun auch hier das römische Recht mit scharfer und feiner Consequenz von dem allgemeinen Grundsatz zum Besonderen der einzelnen Fälle übergeht, so wird es zweckmäßig sein, einen jeden dieser einzelnen Fälle für sich, genauer zu betrachten; nämlich zuerst: wenn ein *genus*; dann: wenn ein unbestimmter Theil einer Sache den Gegenstand der lucrativen Erwerbsgründe ausmacht; und zuletzt: wenn die mehreren causae lucrativae eine alternative Obligation enthalten.

I. Der Fall, wenn ein *genus* der Gegenstand der mehreren lucrativen Forderungen ist, läßt sich wieder in einer doppelten Weise denken: es kann nämlich **eine Quantität fungibler Sachen** (quae in *genere suo* (magis) functionem recipiunt per solutionem, quam specie [1])), Object dieser Forderungen sein; oder zwar eine *species*, welche aber nur ihrer **Gattung** nach [2]), nicht nach dem **Individuum**, bezeichnet ist, z. B. ein Sklave im

1) fr. 2 §. 1. D. de reb. cred. (12, 1.) pr. J. quib. mod. contr. obl. [3, 14. (15.)] fr. 67 D. de solut. (46, 3.)

2) fr. 54 pr. fr. 117 D. de V. O. (45, 1.)

Allgemeinen (homo generaliter oder generatim[1]); ein Pferd überhaupt, u. dergl.

1) Ist eine Quantität fungibler Sachen Object der mehreren Forderungen *ex causa lucrativa*, so liegt der Grund für die Unanwendbarkeit der Vorschrift des römischen Rechts über den c. d. c. l. nicht fern. Eine species kann nämlich nur einmal gegeben werden, weil sie nur einmal im Reiche der Natur existirt. Darum ist der wahre Gegenstand der obligatio vollständig geleistet, sobald die species in der gehörigen Art gegeben worden ist. Bei einer Quantität fungibler Sachen existirt dagegen kein individueller Gegenstand des Forderungsrechts; die Forderung kann darum auch nur dann als erfüllt angesehen werden, wenn die fragliche Quantität geradeso, und namentlich so oft gegeben worden ist, als der Disponirende beabsichtigt hat: Ejusque rei ratio evidens est, quod eadem res saepius praestari non potest: eadem summa volente testatore multiplicari potest[2]).

---

1) §. 22 J. de legat. (2, 20.) fr. 37 D. de legat. I. (30.) fr. 66 §. 3 pr. D. de legat. II. (31.) fr. 54 pr. fr. 117 D. de V. O. (45, 1.)

2) fr. 34 §. 3. i. f. D. de legat. I. (30.) (Ulpianus.) Seinem ganzen Zusammenhang nach wird dieses Fragment sogleich weiter unten S. 122 f. angegeben werden. Vgl. auch im Allg. Cujac. Observat. XIV, 19. Retes l. c. Nr. 22 sqq.

Darum wird hier Alles auf den Willen des Disponirenden ankommen.

Halten wir diesen Gesichtspunkt fest, so sind zunächst die Fälle des s. g. eigentlichen und uneigentlichen c. d. c. l. zu trennen [1]).

Nimmt man nämlich, wie in dieser Untersuchung geschieht, den c. d. c. l. mit seinen eigenthümlichen Wirkungen nur dann an, wenn die mehreren lucrativen Forderungen aus verschiedenen Dispositionen selbstständiger Personen hervorgegangen sind, so wird hier die Sache leicht zu entscheiden sein. Denn Niemand dürfte läugnen, daß, wenn z. B. in zwei Testamenten demselben Honorirten von verschiedenen Testatoren zwei Legate, ein jedes von 100 fl., von 100 Scheffel Getreide ꝛc. hinterlassen sind, diese beiden Legate völlig getrennt und ungeschmälert neben einander bestehen, so daß der Legatar zweimal 100 erhält [2]).

---

1) d. h. die Fälle, welche den s. g. eigentlichen oder uneigentlichen c. d. c. l. bilden, wenn eine *species* den Gegenstand der mehreren lucrativen Erwerbsgründe ausmacht (§. 7. oben); denn, genau ausgedrückt, kann bei mehreren Forderungen, welche auf die Leistung einer Quantität gerichtet sind, schon wegen der Beschaffenheit dieses Gegenstandes von der Vorschrift des römischen Rechts über den c. d. c. l. keine Rede sein.

2) DONELL. l. c. §. 4.

Auch wird hier in der Regel die Nachweisung des vermuthlichen Willens der Disponenten leicht und einfach erscheinen; denn dieser ist eben, wenn nicht etwas Besonderes vorliegt, ganz klar darauf gerichtet, daß jeder der Testatoren die Absicht hat, daß sein Erbe dem Legatar 100 gebe.

Weit eher kann hier eine genauere Ausmittelung des vermuthlichen Willens des Disponenten in den Fällen erforderlich werden, welche bei mehreren zusammentreffenden auf die nämliche *species* gerichteten lucrativen Forderungen zu dem s. g. uneigentlichen c. d. c. l. zu rechnen sind, nämlich: wenn die mehreren lucrativen Erwerbsgründe aus Einer Disposition, oder aus mehreren Ein Ganzes bildenden Dispositionen hervorgegangen sind; oder, auf unseren nächsten Fall speciell angewendet: wenn die gleiche Quantität fungibler Sachen in Einem Testament, in Einem Versprechen, der nämlichen Person mehrmals zugewendet worden ist.

Hier wird nun, wie schon in der früheren Untersuchung sich gezeigt hat[1]), nach allgemeinen Interpretationsregeln, der vermuthliche Wille des Disponirenden gewöhnlich so auszulegen sein, daß derselbe das

1) §. 7. S. 79 ff. oben.

minus, das Einfache, zu geben beabsichtigt habe; wenn sich nicht nachweisen läßt, daß die Absicht auf das plus, das zwei- oder mehrfache Leisten derselben Quantität, gerichtet war.

Dieses Resultat folgt schon aus ganz allgemeinen Rechtsgrundsätzen; es fehlt indessen auch nicht an speciellen gesetzlichen Belegen, welche theils das zuletzt Gesagte, theils die früher ausgesprochene Behauptung bestätigen: daß nämlich die Frage über ein- oder mehrfache Leistung einer bestimmten Quantität nur bei mehreren lucrativen Forderungen aus Einer Disposition ihre eigentliche Bedeutung gewinnt:

fr. 34 §. 3. D. de legat. I. (30.) (ULPIANUS.)

Sed si non corpus sit legatum, sed quantitas eadem *in eodem testamento saepius*, Divus Pius rescripsit, tunc saepius praestandam summam, *si evidentissimis probationibus ostendatur testatorem multiplicare legatum voluisse*[1]. Idemque et in fideicommisso constituit. *Ejus-*

---

1) Wir können darum auch nur theilweise mit Roßhirt, Zeitschrift S. 26 übereinstimmen, welcher aus dem sogleich weiter unten anzuführenden fr. 87 pr. D. de legatis II. (31.) die Folgerung zieht, „daß, wenn der Gegenstand rein in einer Quantität besteht, die Juristen immer mehr geneigt gewesen wären, die doppelte Leistung zu verlangen, wenn man nicht auf eine Art die eine Anordnung, z. B. ex causa erroris ungültig machen konnte." — Nimmt man nämlich,

que rei ratio evidens est, quod eadem res saepius praestari non potest: eadem summa volente testatore multiplicari potest.

Ebenso fr. 34 §. 5. eod.

Sed si pondus auri vel argenti saepius sit relictum, Papinianus respondit, magis summae legato comparandum: merito, quoniam non *species certa* relicta videatur. —

und, wenn möglich, noch deutlicher §. 6. eod.

---

wie hier geschieht, nur bei zwei selbstständigen Dispositionen verschiedener Personen einen wirklichen c. d. c. l. mit seinen eigenthümlichen Wirkungen an, so müssen freilich die verschiedenen Legate einer gleichen Quantität in zwei oder mehreren Testamenten in der Regel alle ungeschmälert dem Einen Honorirten entrichtet werden; weil dieser Fall, wie oben pos. 1. i. A. gezeigt worden ist, gar nicht zu dem c. d. c. l. gerechnet werden kann. Läßt man aber, wie Roßhirt, Zeitschrift Not. 39. u. Vermächtnißlehre S. 449 pos. d., einen solchen concursus bei mehreren Dispositionen Einer und derselben Person zu (s. S. 93 Not. 1. 2. oben), so vermuthen die Gesetze in diesem Falle, wie die sämmtlichen oben mitgetheilten Stellen zeigen, gewöhnlich eher für das minus der einmaligen Leistung, als für das plus der mehrfachen; denn das Letztere soll ja nur dann gelten, wenn es evidentissimis probationibus dargethan werden kann. — Vergl. auch fr. 22 D. de legat. II. (31.) und oben §. 7. pos. 6. S. 79 ff.

Proinde et si quid aliud est, quod pondere, numero, mensura continetur, saepius relictum, idem erit dicendum, id est, *saepius deberi*, *si hoc testator voluerit.*

Alle diese Gesetzesstellen beziehen sich sowohl nach ihrem Inhalt, als nach dem genauen Zusammenhang mit dem zuerst angeführten §. 3. des Fragments, allein auf den Fall, wenn die mehreren Legate in Einem Testamente enthalten sind. Dagegen ist Eine Gesetzesstelle, welche etwa zu der Ansicht veranlassen könnte, daß die Römer auch den Fall, wenn mehrere lucrative Forderungen auf die gleiche Quantität fungibler Sachen aus zwei getrennten, ganz selbstständigen Dispositionen hervorgehen, mit der Regel über den c. d. c. l. hier in Verbindung gebracht hätten; während vorhin behauptet wurde, daß auf diesen Fall jene Regel schon aus allgemeinen Gründen, namentlich wegen der Beschaffenheit des Gegenstandes der obligatio, gar nicht bezogen werden könne. Diese Stelle ist

fr. 87 pr. D. de legat. II. (31.) (Paulus.)

Titia Sejo tesseram frumentariam[1]) comparari vo-

---

1) Vergl. darüber fr. 49 §. 1. D. de legat. II. (31.) und im Allgemeinen const. 5 C. Th. de annonis civicis (14, 17.) const. un. C. Th. de frum. Carthag. (14, 25.) Cujac. Observat. VI, 33. Retes l. c. Nr. 23.

luit, post diem trigesimum a morte ipsius. Quaero, cum Sejus viva testatrice, tesseram frumentariam *ex causa lucrativa habere coepit*, nec possit id quod habet, petere, an ei actio competat? Paulus respondit, ei, de quo quaeritur, pretium tesserae praestandum: *quoniam tale fideicommissum magis in quantitate, quam in corpore consistit.*

In dieser Stelle würde offenbar ein c. d. c. l. nach der hier vertheidigten Meinung vorhanden sein, wenn die tessera frumentaria als eine species zu betrachten wäre.

Ob dieß der Fall? — darüber allein konnte die Frage sein. Darum genügt es dem Juristen, nach seiner bekannten Redeweise, nur ganz kurz zu bemerken, der Gegenstand des Fideicommisses enthalte mehr eine Quantität, als eine species, um die Frage von dem c. d. c. l. gänzlich zu beseitigen.

Nach dieser Auffassung ist diese Stelle von Paulus nicht gegen die oben ausgesprochene Ansicht, sondern umgekehrt gerade für dieselbe.

Sobald aber die ihrer Natur nach fungible Sache im einzelnen Falle nicht bloß als eine Quantität (der Gattung nach), sondern als species in Betracht kommt, müssen auch nach bekannten Grundsätzen [1]) die früher

---

1) fr. 30 §. 6. D. de legat. I. (30.)

entwickelten Bestimmungen über das doppelte Legat einer species zur Anwendung gebracht werden, wie Ulpianus im §. 4. des oben angeführten fr. 34 D. de legat. I. ausdrücklich sagt:

Sed hoc ita erit accipiendum, si non certum *corpus nummorum*[1]) saepius sit relictum, utputa *centum, quae in arca habet*[2]), saepius legavit: tunc enim *fundo legato* esse comparandum credo.

Wie es nun in einem solchen Falle gehalten werden solle, entscheidet der Jurist in den früher mitgetheilten §§. 1. u. 2. dieser Gesetzesstelle. Sind nämlich die mehrfachen Legate in Einem Testamente enthalten, — amplius quam semel peti non potest, sufficitque vel rem consequi, vel aestimationem; wenn dagegen in zwei Testamenten — bis petere potero; wie dieß oben[3]) genauer erörtert worden ist.

Noch kann hier Ein Fall hervorgehoben werden: Wenn nämlich bei zweien, juristisch für Eins geltenden Testamenten, wie bei der pupillaris substitutio das Testament des pater familias und des

---

1) fr. 94 §. 1. i. f. D. de solut. (46, 3.) fr. 46 D. de cond. ind. (12, 6.) fr. 19 §. 2. eod. fr. 24 D. depositi (16, 3.) fr. 30 pr. D. de legat. I. (30.)

2) Vergl. die in den beiden vorhergehenden Noten allegirten Gesetzesstellen.

3) S. 112 ff.

filius familias impubes [1]), in dem ersten Testament (des Vaters) Legate vorkommen, welche eine species und eine Quantität fungibler Sachen zugleich, vereint enthalten; und in dem zweiten Testament (des unmündigen Sohns) [2]) dieselben Legate den Substituten des impubes doppelt auferlegt sind, so entsteht die Frage: ob der testirende pater familias das Legat der Quantität und das Legat der species habe verdoppeln wollen, oder ob das Verdoppeln nur auf das erste, nicht aber auf das zweite Legat sich beziehe; oder endlich, ob bei keinem derselben eine Verdoppelung anzunehmen sei.

Davon handelt Scävola in fr. 88 §. 7. D. de legat. II. (31.)

Impuberem filium heredem instituit: uxori *dotem* praelegavit, item *ornamenta,* et *servos*, et *aureos decem:* et, si impubes decessisset, substituit: a quibus

---

1) Gajus II. §. 180. §. 2. J. de pupillar. substit. (2, 16.), welche beide Stellen übereinstimmend sagen: *duo* quodammodo sunt testamenta — aut certe *unum* testamentum est duarum hereditatum. Theophil. paraphras. ad §. 2. cit. fr. 20 pr. fr. 2 pr. s. f. de vulgar. et pupillar. substit. (28, 6.) fr. 28 D. de reb. auctor. jud. possid. (42, 5.) verb.: Me illud maxime movet etc. u. die folgende Note.

2) §. 5. J. h. t. (2, 16.) Theophil. paraphras. ad h. l. fr. 11 D. testam. quemadmod. aper. (29, 3.). u. die vorhergehende Note.

ita legavit: *Quaecunque primis tabulis dedi, eadem omnia ab heredibus quoque heredis mei in duplum dari volo.* Quaeritur, an ex substitutione, impubere mortuo, dos *quoque* iterum debeatur. Respondi, non videri de dotis legato duplicando testatorem sensisse.

Wir lassen hier fürs Erste die Frage wegen Verdoppelung der dos dahin gestellt, und wenden uns vorher zu der näher liegenden Frage: ob das Legat der fungibeln Sache, wie der Geldsumme (aurei decem), doppelt gegeben werden müsse. Die Bejahung derselben scheint außer Zweifel nach den Worten: dos *quoque* iterum debeatur. Denn diese Worte können sich nach dem Zusammenhang der Stelle allein auf das Legat fungibler Sachen beziehen, weil außer diesem nur noch das Legat nicht fungibler Sachen (corpora) im Testament vorkommt (ornamenta, servi), bei welch' letzterem nach dem Schluß des Gesetzes keine Verdoppelung Statt findet. Wenn also Scävola fragte: ob auch das Legat der dos verdoppelt erscheine, und dadurch voraussetzte, daß bei Einem Legat eine duplicatio eintrete, so kann dieß nur das Legat der fungibeln Sache sein.

Wird aber auch das Legat nicht fungibler Gegenstände (corpora, species) im fraglichen Testamente als verdoppelt erscheinen? Diese Frage ist vorhin verneint worden mit Hinweisung auf den Schluß des §. 7. cit., welcher also lautet: Item quaero, cum *cor-*

pora legata etiam nunc ex lucrativa causa possideantur, an a substitutis peti possint? Respondi, non posse. — Hiernach wird bei den legirten speciellen Sachen kein doppeltes Legat der species und des Werths derselben angenommen, vielmehr die Forderung aus dem Legat, d. h. einer causa lucrativa, als erloschen betrachtet, wenn der Legatar dieselbe species schon aus einem lucrativen Erwerbsgrunde erhalten, und noch jetzt im Besitz hat. Diese Entscheidung von Scävola läßt sich daraus erklären: Die species existirt nur einmal; sie selbst kann darum unmöglich doppelt gegeben werden. Wenn nun der Testator in dem Testamente gesagt hat: Alles, was ich in meinem Testament dem impubes als Legat aufgelegt habe, soll von dessen Substituten doppelt gegeben werden, so bezieht der Jurist diese Disposition nur auf solche Legate, welche ihrer Natur nach verdoppelt werden können, d. h. auf die Legate fungibler Gegenstände, nicht aber auf die einer species oder eines corpus. Denn, um diese zu verdoppeln, müßte der Werth derselben gegeben werden; dieser ist aber nicht das Nämliche, wie das, was in dem erwähnten Legat enthalten war. Der testator hätte sich darum deutlicher ausdrücken müssen, wenn er außer dem Legat der species oder des corpus selbst noch ein ganz anderes Object hätte hinterlassen wollen, weil nach der früheren

Untersuchung eher für das minus, als das plus zu vermuthen ist[1]).

Zu dem Bisherigen läßt sich noch bemerken: Im ersten Theil des fr. 88 §. 7. cit. konnte von einem c. d. c. l. nicht die Rede sein, weil das doppelte Legat in Einer Disposition hinterlassen war, da das Testament des substituirenden pater und das Testament für seinen filius impubes, wie schon bemerkt, juristisch als Eins zu betrachten sind, und auf keinen Fall als zwei getrennte, von einander unabhängige Dispositionen in dem Sinne gelten können, welcher oben bei dem wahren c. d. c. l. angenommen worden ist. Darum gibt Scävola auch hier keine Andeutung des c. d. c. l., sondern führt Alles auf den vermuthlichen Willen des Einen Disponirenden zurück (non videri de dotis legato duplicando *testatorem sensisse*); dagegen erwähnt er in dem Schlußsatz ausdrücklich einen Fall des wirklichen c. d. c. l., indem er durch das „Item", nach der bekannten Weise der römischen Juristen, diesen Fall als einen anderen und neuen mit dem früheren in Verbindung bringt[2]). Wenn nämlich die

1) S. 79 ff. oben.

2) Dieser Schlußsatz gewinnt nach seiner allgemeinen Fassung für uns eine doppelte Bedeutung: er dient zuerst zum Beweis, daß, wenn die legirte species aus dem Testament des Va=

legirten corpora schon vorher von dem Honorirten ex causa lucrativa selbstständig erworben worden sind, und sich noch jetzt in dessen Besitz befinden, so entsteht durch das Hinzutreten des dem Substituten auferlegten Legats ein solcher concursus im wahren und eigentlichen Sinne. Daraus geht ein neuer Beweis für die oben aufgestellte Ansicht hervor, daß das römische Recht nur bei zwei selbstständigen lucrativen Erwerbsgründen den c. d. c. l. angenommen habe.

Zum Schlusse noch die Beantwortung der Frage: aus welchem Grunde der Jurist in fr. 88 §. 7. cit. entscheidet: non videri de *dotis legato* duplicando testatorem sensisse.

Diese Frage bildet zwar den Hauptpunkt in der gedachten Gesetzesstelle, für unseren Zweck hat sie aber

ters unentgeltlich gegeben ist, und sich noch in dem Besitz des Honorirten befindet, eine zweite Leistung derselben oder ihres Werths aus dem Testament des filius impubes wegfällt, wie früher bemerkt worden (also den s. g. uneigentlichen c. d. c. l.); er begreift aber nach den generell lautenden Worten: cum corpora legata etiam nunc *ex lucrativa causa possideantur*, noch ferner den s. g. eigentlichen c. d. c. l. unter sich, wenn die legirte species aus einem andern selbstständigen lucrativen Erwerbsgrunde, z. B. in Folge einer Schenkung, an den Honorirten gekommen ist, und sich noch in seinem Besitz befindet. In dieser letzteren Bedeutung fassen wir den Fall hier zunächst auf.

im Verhältniß zu dem Vorhergehenden eine untergeordnete Bedeutung; weßhalb wir auch erst jetzt darauf zurückkommen.

Zur Beantwortung derselben lassen sich mit der glossa ad h. l. verschiedene Erklärungen angeben. — Die dos kann in einer species bestanden haben, deren Verdoppelung unmöglich erscheint, wie oben näher gezeigt worden; oder, nach der richtigeren (wenigstens zu einem bestimmteren Resultat führenden) und von Accursius später allein befolgten Ansicht: Das praelegatum dotis enthält keine reine Liberalität, sondern nur eine Hinterlassung dessen, was man als eine Schuld zurückzugeben verpflichtet ist[1]). Wenn nun der Testator im Testamente vorgeschrieben hat: Quaecunque primis tabulis *dedi*, eadem omnia ab heredibus quoque heredis in duplum *dari* volo; — so nimmt Scävola an, der Testator habe nur die wirklichen Liberalitäten, die auf ein dare gehen, verdoppeln wollen, nicht aber seine Schuld, welche auf ein reddere

1) Paul. Sent. Rec. Lib. IV. Tit. I. §. 1. Ab uxore, cui vir dotem praelegavit, fideicommissum relinqui non potest: *quia non ex lucrativa causa testamento aliquid capit, sed proprium recipere videtur.* und fr. 81 §. 2. D. ad leg. Falcid. (35, 2.) (Gajus.) Dos relegata extra rationem legis Falcidiae est, scilicet *quia suam rem mulier recipere videtur.* fr. 41 §. 1. i. f. D. de leg. II. (31.)

gerichtet ist[1]); und damit stimmt auch ein anderer Ausspruch desselben Juristen Scävola vollkommen überein, welcher von Paulus angeführt wird in

fr. 16 D. de dote praelegata (33, 4.)

Qui dotem a matre uxoris acceperat, et stipulanti ei promiserat, testamento uxori *dotem legavit:* cum quaesitum esset, an uxor dotis summam consequi posset, respondit Scævola, non videri *dari* uxori, quod necesse sit matri *reddi*[2]); alias sic respondit[3]), *non videri, nisi manifeste uxor docuisset, eam testantis voluntatem fuisse, ut onerare heredes duplici praestatione dotis vellet*[4]).

---

1) Die glossa ad fr. 88 §. 7. sagt hier mit Recht: Testator duplari voluit legata non aes alienum — duplari quod *daret,* non quod *deberet.*

2) Hier ist zwar von dem Falle die Rede, daß der Gattin etwas gegeben ist, was nach einem Versprechen deren Mutter zurückgegeben werden muß; man kann aber auch nach dem Vorhergehenden in fr. 88 §. 7. cit. von der uxor sagen: non videri *dari* uxori, quod necesse sit ipsi *reddi;* in so fern man unter dem ersteren Ausdruck eine Liberalität, unter dem zweiten eine bloße Pflichterfüllung versteht. Vgl. auch im Allgem. fr. 94 D. de V. S.

3) Ein Ausspruch dieser Art ist gerade in unserem fr. 88 §. 7. enthalten.

4) Vgl. auch fr. 51 D. ad Sctum Trebell. (36, 1.) fr. 11 D. h. t. (33, 4.) und Majans. l. c. §. 18. i. f.

2) Der zweite Fall, in welchem ein genus den Gegenstand der causae lucrativae ausmacht, ist, wie schon zu Anfang des §. bemerkt wurde, der, wenn eine nicht dem Individuum, sondern nur der **Gattung** nach bezeichnete *species* das Object dieser Erwerbsgründe bildet.

Hier muß nun, in Uebereinstimmung mit den früher entwickelten Grundsätzen, behauptet werden, daß, wenn z. B. in zwei verschiedenen Testamenten ein Sklave, ein Pferd im Allgemeinen (generaliter) legirt, oder von zwei verschiedenen Schenkern ein Gegenstand dieser Art generell versprochen worden ist, — diese mehreren lucrativen Erwerbsgründe völlig getrennt und selbstständig neben einander bestehen, keiner den andern beschränkt; daß also von einem concursus duarum causarum lucrativarum in diesem Falle nicht die Rede sein kann.

Um dieß näher zu zeigen, müssen wir zuvor genauer erörtern: wie das römische Recht eine solche generelle Disposition dem Gegenstand nach auffaßt, und welche Mittel dasselbe wählt, damit eine einzelne species aus diesem genus der wirkliche rechtsgültige Gegenstand der lucrativen Forderung werde.

Ist ein Sklave, ein Pferd u. dgl. im Allgemeinen legirt oder versprochen worden, so erscheint eine solche Disposition als ein abgekürzter Ausdruck (orationis

compendium[1])) für das Legat oder das Versprechen eines jeden Individuums aus dieser Gattung, so daß alle zu diesem genus gehörigen einzelnen Sachen rechtlich mögliche Objecte zur Erfüllung jener causae lucrativae sein können; oder: daß sie als solche Gegenstände gelten, welche nach der Absicht des Disponirenden zur Erfüllung der obligatio gegeben werden können[2]):

fr. 66 §. 3. D. de legat. II. (31.) (Papinianus.)

verb.: Hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet etc.;

und ganz dasselbe sagt der Jurist auch von einem generellen Versprechen nach den unmittelbar vorhergehenden Worten des Fragments: Eademque ratio stipulationis est; — welche hier ausdrücklich die Rechtsgeschäfte unter Lebenden und auf den Todesfall einander gleichstellen[3]).

---

1) const. 8 C. de impuberum et aliis substit. (6, 26.) verb.: vel expressa, vel compendio. — fr. 16 pr. i. f. D. de legation. (50, 7.) fr. 4 §. 1. pr. D. de itinere actuque privato (43, 19.) Cujac. Observat. XIV, 21 i. f. und §. 10. pos. 4. unten.

2) Vergl. z. B. fr. 13 D. de legat. I. (30.) fr. 32 §. 3. i. f. D. de cond. indeb. (12, 6.) fr. 11. 12 D. de adimend. legat. (34, 4.)

3) Vgl. auch fr. 27 §. 7. D. de pactis (2, 14.) und unten §. 10.

Damit nun bei einem solchen generell gefaßten lucrativen Erwerbsgrunde eine einzelne species der wirkliche rechtlich genügende Gegenstand zur Erfüllung der obligatio werde, hat das römische Recht folgende Mittel gewählt.

a) Bei lucrativen Rechtsgeschäften auf den Todesfall (Legaten) ist entweder

α) dem onerirten Erben, oder dem honorirten Legatar das Wahlrecht in Beziehung auf das einzelne Individuum der Gattung ausdrücklich verliehen worden. — Dann darf zunächst der Erbe nicht das Schlechteste aus diesem genus geben, sondern die Qualität der species, durch deren Hingeben die obligatio gehörig erfüllt werden soll, muß eine mittlere sein [1]:

fr. 110 D. de legat. I. (30.) (Africanus.)

Si heres generaliter servum, *quem ipse voluerit* [2], dare jussus, sciens furem dederit, isque furtum legatario fecerit: de dolo malo agi posse ait [3]. Sed quoniam illud verum est, *heredem in hoc teneri, ut non*

---

1) const. 3 §. 1. i. f. C. commun. de legat. (6, 43.) vgl. mit const. 35 §. 2. C. de donation. (8, 54.)

2) Vgl. auch im Allgemeinen fr. 25 §. 17. i. f. D. famil. erciscund. (10, 2.)

3) fr. 45 §. 1. D. de legat. I. (30.)

pessimum det [1]), ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet, et hunc pro noxae dedito relinquat.

Hat dagegen der Erblasser dem Legatar ausdrücklich das Wahlrecht verliehen (legatum optionis s. electionis), so kann dieser auch das Beste wählen, wie man jetzt allgemein, und mit Recht, annimmt:

fr. 2 pr. D. de option. vel elect. leg. (33, 5.) (ULPIAN.)

Quotiens *servi* electio vel optio datur, legatarius optabit, *quem velit*.

argum.: fr. 9 §. 1. D. de dolo malo (4, 3.) (ULPIAN.)

Si autem mihi persuaseris, ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sit: vel, ut optem servum, *quasi melior eo in familia non sit*, dico de dolo dandam, si callide hoc feceris.

β) Ist nicht genauer bestimmt, wer das Wahlrecht bei einem solchen generellen Legat hat, so steht nach neuerem römischen Recht [2]) im Allgemeinen dem Legatar dieses Recht zu:

§. 22. J. de legat. (2, 20.)

---

1) fr. 37 pr. D. de legat. I. (30.)

2) Ueber die Spuren, welche sich in Justinian's Compilation aus dem älteren Rechte finden, wonach die Form der Legate hier einen Unterschied begründete, vgl. Mühlenbruch, Pand. Recht (1te Ausg.) III. §. 735. Not. 5.

Si generaliter servus, vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit[1]).

Doch kann in diesem Falle der Legatar nicht gerade das Beste wählen:

fr. 37 pr. D. de legat. I. (30.) (ULPIAN.)

Legato generaliter relicto, veluti hominis: Gajus Cassius scribit, id esse observandum, *ne optumus vel pessimus accipiatur*: quae sententia rescripto imperatoris nostri et Divi Severi juvatur: qui rescripserunt, homine legato *actorem*[2]) non posse eligi[3]).

b) Bei lucrativen Dispositionen unter Lebenden, wie bei Schenkungen, wird hier zunächst Alles auf die besondere Verabredung der Parteien ankommen; ist aber nichts Näheres bestimmt, dann weichen die Gesetze darin wesentlich von den Vorschriften bei Legaten ab, daß sie nicht, wie bei diesen, dem

---

1) fr. 20. 108 §. 2. D. de legat. I. (30.) fr. 2 §. 1. D. de opt. vel elect. leg. (33, 5.) fr. 25 §. 17. D. famil. ercisc. (10, 2.) vergl. mit fr. 71 pr. D. de legat. I. (30.) fr. 32 §. 1. eod.

2) Ueber den servus actor vergl. fr. 8 pr. D. famil. ercisc. (10, 2.) fr. 40 §. 7. D. de statu liber. (40, 7.) fr. 41 §. 4. D. de fideic. libert. (40, 5.) mit fr. 34 D. de administrat. tutor. (26, 7.) fr. 13 §. 1. D. de tutel. (26, 1.) §. 6. J. de curator. (1, 23.) const. 11 pr. C. de procurator. (2, 13.)

3) const. 3 §. 1. i. f. C. comm. de leg. (6, 43.)

Berechtigten, sondern dem Verpflichteten (reus, promissor) im Allgemeinen das Wahlrecht verleihen [1]), in der Art jedoch, daß er nicht das Schlechteste aus der Gattung geben darf, sondern einen Gegenstand mittlerer Qualität zu leisten hat:

const. 35 §. 2. D. de donation. (8, 54.) (Justinian.)

Similique modo si quis certum numerum servorum donaverit [2]), non tamen et hic nominatim servos inscripserit: et hic *mediocris figurae servos tradere*, et neque tales quos non habere magis, quam habere prodest: nec iterum eos, qui omnem servorum familiam antecellunt, *sed et hic mediocritas spectetur* [3]).

Aus der Betrachtung aller angeführten Quellen=

---

1) fr. 106 D. de V. O. (45, 1.) (Javolen.) verb.: id est eum fundum stipulatur, *quem promissor dare voluerit* etc. fr. 10 §. 6. i. f. D. de jur. dot. (23, 3.) fr. 34 §. 6. D. de contrah. emt. (18, 1.) const. 10 i. f. C. de cond. ind. (4, 5.) — Den Grund der Verschiedenheit in den gesetzlichen Bestimmungen bei Legaten und Verträgen näher zu untersuchen, ist hier nicht der schickliche Ort. Die älteren Schriftsteller haben ihn, gestützt auf fr. 12 D. de R. J., in dem favor testamentorum gefunden.

2) Was hier von mehreren generell als Geschenk versprochenen Sklaven gesagt ist, muß natürlich auch von dem generellen Versprechen Eines Sklaven gelten.

3) Vgl. die ganze const. 35 C. cit. vorzüglich §. 1. i. f. und const. 3 §. 1. i. f. C. comm. de leg. (6, 43.)

zeugnisse ergibt sich, daß in den Fällen, wenn eine der Gattung nach bezeichnete Sache den Gegenstand mehrerer lucrativer Erwerbsgründe ausmacht, ein c. d. c. l. nicht vorhanden ist; weil eben nicht Eine bestimmte species das Object der causae lucrativae bildet, sondern entweder die Wahl unter allen Gegenständen des genus freisteht, oder das Object nur der Qualität nach näher bestimmt ist.

Doch wird natürlich diejenige species der bezeichneten Gattung, welche zur Zeit der Errichtung der lucrativen Disposition dem Gläubiger bereits eigenthümlich gehört, nicht Gegenstand der Erfüllung der Disposition sein können, weil das, was einmal mein Eigenthum ist, nicht noch einmal mein Eigenthum werden kann[1]). Darum ist auch, wie bekannt, das Legat oder das lucrative Versprechen der dem Legatar oder Fideicommissar eigenthümlichen Sache ungültig, wenn es nicht von Anfang an unter der Bedingung, oder auf den Fall geschehen ist, daß die Sache künftig aus seinem Eigenthum heraustrete[2]); und die auf

1) Vgl. S. 62 Not. 2. 3. oben.

2) fr. 31. 98 pr. D. de V. O. (45, 1.) fr. 61 D. de contr. emt. (18, 1.) fr. 41 §. 2. D. de legat. I. (30.) fr. 4 D. de reg. Caton. (34, 7.) fr. 98 D. de cond. et dem. (35, 1.) — Ob auch unter jeder andern Bedingung das Legat gültig sei, wie Arndts im Rhein. Museum. V. S. 229. 230.

solche Art von Anfang an ungültige Disposition kann auch, nach allgemeinen Grundsätzen [1]), später dadurch nicht gültig werden, daß der Eigenthümer seine Sache nachher veräußert [2]).

Diese Vorbemerkung bahnt uns den Weg zu einer anderen, nahe verwandten, für unsere Untersuchung nicht unwichtigen Frage, nämlich: ob diejenige species, welche von Einem der Schuldner zur Erfüllung eines generellen Legats, oder eines generellen Schenkungsversprechens dem Gläubiger, dem sie früher nicht gehört hat, zum Eigenthum gegeben, und später wieder von diesem veräußert worden ist; — ob diese nämliche

---

gegen die gewöhnliche Ansicht behauptet, indem er sich auf fr. 41 §. 2. D. de legat. cit. stützt — lassen wir hier auf sich beruhen, weil es mit dem Gegenstand unserer Untersuchung nicht in näherem Zusammenhang steht.

1) fr. 29. 201. 210 D. de R. J. cap. 18 in VI. eod. fr. 83 §. 5. fr. 137 §. 6. D. de V. O. (45, 1.) fr. 144 §. 1. D. de R. J. Vgl. im Allgem. des Verf. Versuche im Gebiete des Civilrechts. II. S. 47 ff.

2) §. 10 J. de legat. (2, 20.) verb.: et licet alienaverit eam, non debetur, nec ipsa, nec aestimatio ejus. — fr. 41 §. 2. D. de legat. I. (30.) (ULPIAN.) verb.: quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata: quia vires ab initio legatum non habuit. — fr. 66 §. 3. i. f. D. de legat. II. (31.) fr. 72 §. 4. pr. D. de solut. (46, 3.) fr. 128 i. f. D. de V. O. (45, 1.)

species sodann von dem andern debitor ex causa lucrativa zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gültig gegeben werden könne, oder nicht?

Bei der Beantwortung dieser letzteren Frage macht besonders Eine Digestenstelle von Papinianus große Schwierigkeit[1]; der Inhalt dieser Stelle, sowie die ganze Frage, werden aber zweckmäßiger im gehörigen Zusammenhang in dem nächsten §. betrachtet.

§. 10.

II. In der vorhergehenden Untersuchung ist gezeigt worden, daß der c. d. c. l. nur dann eintreten kann, wenn Eine bestimmte *species* den Gegenstand der mehreren lucrativen Erwerbsgründe bildet. Dabei wurde immer der Fall in's Auge gefaßt, daß eine ganze (ungetheilte) Sache Object der duae causae lucrativae ist. Es bleibt nun noch übrig, die Fälle zu betrachten, wenn nur **ein Theil** einer species den Gegenstand der lucrativen Forderungen ausmacht. Dabei fassen wir alle hierher gehörigen Fälle zusammen, weil sie auch in den Quellen genau mit einander verbunden werden, und durch eine vereinigte Darstellung das Ganze an Uebersichtlichkeit und innerem Zusammenhang gewinnt.

---

1) fr. 66 §. 3. D. de legat. II. (31.)

Im Allgemeinen wird nun bei dem Theil einer species dasselbe gelten müssen, was bei der ganzen species gilt; d. h.: Ist der Theil, welcher den Gegenstand der mehreren selbstständigen lucrativen Erwerbsgründe bildet, ein bestimmter, so tritt der c. d. c. l. mit allen seinen Wirkungen ein; ist er dagegen unbestimmt, so findet ein solcher concursus nicht Statt:

fr. 83 D. de legat. I. (30.) (Marcellus.)

Titius Stichi partem tibi legavit, ejusdem Stichi partem *Sejus* tibi legavit: ex utriusque testamento consequeris.

Hier war in beiden Testamenten ein unbestimmter Theil des Sklaven Gegenstand des Legats, und darum kann der eine, und der andere Theil, aus dem ersten, und dem zweiten Testament gefordert werden.

Die wichtigste Stelle in unseren Quellen, welche die hierher gehörigen Fälle in weiterem Umfang und ihrem innern Zusammenhang nach behandelt, ist das vielbesprochene fr. 66 §. 1 — 3. D. de legat. II. (31.) (Papinian. lib. 17 Quaest.), welches wir nun genauer betrachten müssen, indem wir die einzelnen darin entschiedenen Fälle von einander trennen:

1) pr.: Maevius fundum *mihi ac Titio* sub conditione legavit, heres autem ejus eundem sub eadem conditione mihi legavit: verendum esse Julianus ait, ne

extante conditione pars eadem ex utroque testamento mihi debeatur. Voluntatis tamen quaestio erit: nam incredibile videtur, id egisse heredem, ut eadem portio bis eidem debeatur. Sed verisimile est, de altera parte eum cogitasse. Sane constitutio Principis, qua placuit, eidem saepe legatum corpus non onerare heredem, ad unum testamentum pertinet. etc.[1])

In dem Falle dieser Gesetzesstelle war, nach der hier vertheidigten Ansicht, kein eigentlicher c. d. c. l. vorhanden, weil das Testament des Erblassers und das Testament des Erben nach der früheren Darstellung[2]) nicht als zwei selbstständige Dispositionen erscheinen, welche allein einen solchen concursus begründen können. Dafür zeugt auch das angeführte Fragment selbst; weil Papinianus darin zunächst und ganz allgemein auf den Willen des Erben (des zweiten Testators) recurrirt, ganz so, wie es in den Quellen auch bei mehreren Legaten der nämlichen Sache in dem Testament Eines und desselben Testators geschieht[3]). — Julianus hatte nämlich das Bedenken, ob hier

---

1) Der Schluß der Stelle, welcher von dem legatum debiti handelt, gehört zunächst nicht hierher.

2) fr. 84 §. 2. D. de legat. I. (30.) S. 73 Not. 1. S. 77 pos. 5. oben.

3) Vgl. fr. 66 §. 5. eod.

nach Eintritt der Bedingung nicht derselbe Theil des Grundstücks mir aus beiden Testamenten gebühre; Papinianus dagegen hält es für unglaublich, daß der Erbe in seinem Testament bezweckt habe, daß derselbe Theil demselben Legatar zweimal solle gegeben werden; was ja auch physisch unmöglich war. Darum ist ihm wahrscheinlich, daß der Erbe bei dem zweiten Legat an den andern Theil des Grundstücks, welcher im Testament des Mävius dem Titius neben mir legirt worden war, gedacht habe[1].

Zum Schlusse bemerkt noch Papinianus, die Constitution des Kaisers, welche vorschreibe, daß die nämliche öfters legirte species den Erben nicht mehrfach beschwere, beziehe sich nur auf Ein Testament.

Bei dieser letzteren Bestimmung muß beachtet werden, daß nach dem Inhalt der beiden Testamente ein Auskunftsmittel vorhanden war, wodurch neben dem im Testament des Erblassers legirten Theil des Grundstücks noch ein anderer Theil als wahrscheinlicher Gegenstand des im zweiten Testament (des Erben) enthaltenen Legats sich annehmen ließ. Denn, wenn

1) Wäre hier ein wirklicher c. d. c. l. angenommen worden, so hätte das zweite Legat des nämlichen Theils ungültig sein müssen, sobald ich aus dem ersten Testament das Eigenthum an diesem Theil erhalten.

Mävius mir und dem Titius ein Grundstück gemeinschaftlich legirt, dann dessen Erbe dasselbe Grundstück mir ohne Beschränkung in seinem Testament als Legat hinterläßt, so enthält das letztere Vermächtniß mehr, wie das erstere; nämlich den ganzen fundus [1]). Soweit derselbe nun schon mein Eigenthum ist, kann er mir nicht legirt werden; wohl aber, soweit er noch nicht mein gehört, d. h. der früher dem Titius legirte Theil. So war es denn gewiß die natürlichste Vorstellung, daß Papinianus an diesen zweiten Theil, und nicht, wie Julianus an ein wiederholtes Legat des ersten Theils dachte.

Hätte dagegen der Erblasser (Mävius) mir in seinem Testament noch einmal den fundus legirt, welchen er mir in derselben Disposition schon einmal mit Titius gemeinschaftlich legirt hatte; so würde man eher an eine Wiederholung des ersten Theils; also nur an das Eine Legat denken müssen; denn, wollte man hier das Legat des zweiten Theils annehmen, so würde darin zugleich eine ademtio des Legats für den Titius gelegen haben; was nach allgemeinen Grundsätzen, ohne Nachweisung des animus adimendi,

---

1) Denn die Worte „eundem (fundum) mihi legavit" müssen doch so erklärt werden: fundum, quem Maevius *mihi et Titio legavit*, *eundem* heres *mihi* legavit.

nicht angenommen werden darf [1]). Darum konnte der Jurist auch wohl hier den Fall des Einen Testaments, welches nur die Verpflichtung zur Entrichtung des Einen Theils auflegen würde, von unserem Falle der beiden Testamente unterscheiden.

Wie aber, wenn bei dem zweiten Testament ein Auskunftsmittel, wie das eben angegebene, nicht möglich war; z. B. wenn Mävius in seinem Testament und dessen Erbe in dem seinigen mir das ganze Grundstück legirt gehabt? — Wäre dann auch ein doppeltes Legat, des fundus und dessen aestimatio, oder nur ein einfaches vorhanden gewesen? — Darauf antworten uns die Quellen durch das schon früher mitgetheilte fr. 84 §. 2. D. de legat. I. (30.) von Julianus, und zwar in der Art, daß in der Regel nur Ein Legat des fundus angenommen werde, welches sowohl durch Zahlung des Werths, als durch das Hingeben des fundus erfüllt werden kann; weil die beiden Testamente doch nicht als zwei ganz getrennte Dispositionen von zwei selbstständigen Personen zu betrachten

---

1) §. 12. J. de legat. (2, 20.) Tit. Inst. de ademt. et transl. leg. (2, 21.) fr. 11 §. 12. 13. D. de legat. III. (32.) fr. 44 §. 1. D. de leg. II. (31.) const. 3 C. de legat. (6, 37.) PAUL. Sent. Rec. Lib. III. Tit. 6 §. 16. vgl. mit fr. 15. 18 D. de adim. vel transfer. leg. (34, 4.)

sind, da Erblasser und Erbe juristisch als Eine Person gelten; wie dieß in der früheren Untersuchung näher gezeigt worden ist[1]).

2) Der §. 1. des fr. 66 cit. führt uns nun zu dem eigentlichen c. d. c. l. mit der aufhebenden Wirkung:

§. 1. *Duorum* testamentis *pars fundi, quae Maevii est*, Titio legata est: non ineleganter probatum est, ab uno herede soluta parte fundi, quae Maevii fuit, *ex alio testamento liberationem obtingere*, neque postea parte alienata revocari actionem semel extinctam.

Hier ist ein bestimmter Theil (quae Maevii est) Gegenstand des doppelten Legats in zwei getrennten Testamenten verschiedener selbstständiger Testatoren; darum wird das zweite Legat vermöge des c. d. c. l. ipso jure aufgehoben, sobald der Legatar diesen bestimmten Theil aus dem Einen Testament ganz, unwiderruflich und unentgeltlich erhalten hat; und die einmal gänzlich aufgehobene obligatio lebt auch dann nicht wieder auf, wenn der Legatar den gegebenen bestimmten Theil später wieder veräußert[2]).

3) Sowie der Jurist im §. 1. des fr. 66 cit. den Fall behandelt, wenn ein bestimmter ideeller Theil den Gegenstand zweier Legate ausmacht, so geht er

---

1) Vgl. S. 73 Not. 1. S. 77 pos. 5. S. 78 oben.

2) Vgl. S. 68 Not. 2. oben und fr. 41 §. 2. D. de legat. (30.)

im §. 2. zu dem Fall über, wenn ein unbestimmter ideeller Theil in zwei verschiedenen Testamenten legirt worden ist.

Hier wird nun schon nach dem Vorhergehenden behauptet werden müssen, daß der c. d. c. l. ebensowenig eintreten kann, als in dem Falle, wenn zwei unbestimmte ganze Sachen das Object der duae causae lucrativae ausmachen.

Das Gesagte findet seine Bestätigung durch unsere Stelle:

§. 2. Sed si *pars fundi simpliciter, non quae Maevii fuit*, legetur, solutio prior non peremit alteram actionem: atque etiam hanc eandem partem aliquo modo suam factam poterit alter heres solvere: *namque* 1) *plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis obtinent.*

---

1) Diese Lesart der Haloandr., welche nach dem Zeugniß von Contius und Charondas, durch Vulgatmanuscripte bestätigt wird, verdient nach dem Zusammenhang der Stelle entschieden den Vorzug vor der lectio Flor. „neque", welche keinen rechten Sinn zu geben vermag. Ebenso ist jene erstere Lesart der vorgeschlagenen Emendation „aeque" vorzuziehen. Auch der §. 3. der Stelle spricht für die lectio Hal., weil darin gleichfalls der Grund für den Ausspruch des Juristen angegeben, und durch die Partikel „nam" und „enim" bezeichnet wird. Vgl. Geb. Spang. ad h. l. not. 90. Retes l. c. Nr. 35. Schulting. Not. ad Dig. l. 66 §. 2. cit. Nr. 2.

Ist nämlich Einer von mehreren unbestimmten ideellen Theilen des fundus Gegenstand der verschiedenen Legate, z. B. 1/4 1/3 1/2 überhaupt, so wird die obligatio nicht aufgehoben, wenn der Honorirte Einen dieser Theile zur Erfüllung des Legats (ex causa lucrativa) erhalten hat; denn man kann hier nicht sagen, daß er das einzig mögliche Object seiner Forderung schon habe; weil ja sowohl der bereits gegebene, wie die übrigen Theile, welche er noch nicht empfangen hat, von Anfang an gleichmäßig als mögliche Objecte zur Erfüllung der obligatio ex causa lucrativa erscheinen. Durch das Hingeben des Einen Theils wird darum das Geben des andern nicht unmöglich; z. B. bei dem Legat des vierten Theils des fundus können, wenn 1/4 gegeben ist, die übrigen 3/4 ohne Zweifel noch gegeben werden. Ebenso geht daraus weiter mit Consequenz hervor, daß, wenn der Legatar den Einen der unbestimmten ideellen Theile, welchen er von dem Einen Onerirten erhalten hat, später wieder veräußert, der zweite Onerirte aber denselben als Eigenthum erwirbt — dieser nämliche Theil von dem Letzteren zur Erfüllung seiner Verpflichtung aus dem Testament gegeben werden kann. Denn es muß hier genügen, daß überhaupt nur irgend einer der ideellen Theile gegeben werde, weil alle Theile in gleicher Art von Anfang Gegenstände zur Erfüllung

des Legats sein konnten; und der Umstand, daß dem Legatar dieser Theil schon vorher von dem einen Onerirten als solutio des Legats gegeben war, kann dem andern Onerirten nicht präjudiciren; weil bei dem ideellen Theil nicht ein bestimmter körperlicher Gegenstand Object der obligatio ist, und darum die Identität des zur Erfüllung des ersten und des zweiten Legats gegebenen Gegenstandes nicht in der Art sich zeigt, wie bei einer in die Augen fallenden körperlichen Sache. Denn, wenn der eine Onerirte z. B. ½ des Grundstücks zur Erfüllung seines Legats gegeben hat, der zweite Onerirte diesen nämlichen ideellen Theil später als Eigenthum erwirbt, und denselben zur Erfüllung seines Legats gibt, — so liegt doch der Unterschied zwischen diesem Falle und dem andern sehr nahe, wenn die nämliche körperliche species von dem ersten und von dem zweiten Onerirten gegeben wird. Hier fällt die Identität des Gegenstands in die Augen, während bei einem nur in der Idee oder dem juristischen Begriff existirenden Object des Legats eine Identität in dieser Art sich nie nachweisen läßt. Diesen Gedanken drückt Papinianus am Schlusse der Stelle durch die kurzen Worte aus: namque plures in uno fundo dominium *juris intellectu*, non *divisione corporis* obtinent [1]).

---

1) Vgl. weiter unten S. 159 Not. 1. die glossa ad h. l.

Ebensowenig verhindern andere allgemeine Rechtsgrundsätze das Geben des Theils, welcher schon von dem andern Onerirten gegeben war. — Setzen wir nämlich in unserem §. 2. den Fall, daß die Veräußerung des zuerst gegebenen Theils durch den Legatar an einen Dritten geschehen ist, von welchem ihn der zweite Onerirte erworben hat, so ist der Vertrag zwischen dem Legatar und dem Dritten, für den Onerirten, als eine res inter alios acta, juristisch so gut, wie gar nicht vorhanden; oder: hat der Legatar jenen Theil dem Onerirten selbst veräußert[1]), so ändert auch das nach allgemeinen Regeln an dem rechtlichen Verhältniß wieder Nichts; weil beide Obligationen: die erste aus dem Legat (der causa lucrativa), die zweite aus der Veräußerung, ganz getrennt und unabhängig neben einander bestehen.

Auch der vorübergehende Eigenthumserwerb an jenem Theile steht nicht im Wege; denn dieser ist von Anfang an ein fähiger Gegenstand des Legats gewesen, weil er zur Zeit der Errichtung des Legats nicht dem Legatar gehörte; und er kann gültig zur Erfüllung des Vermächtnisses gegeben werden, weil er auch wieder

---

1) Die beiden angeführten Fälle sind in dem allgemeinen Ausdruck unseres Fragments: „*aliquo modo* **suam factam**" begriffen.

zur Zeit der solutio eine fremde Sache ist; die in der Mitte liegende Zeit kommt aber nach allgemeinen Grundsätzen nicht in Betracht[1]).

4) Nicht geringe Schwierigkeit verursacht dagegen die Erklärung des §. 3. unserer Stelle[2]). Die Worte desselben, welche sich unmittelbar an den vorhin mitgetheilten §. 2. anschließen, und damit in dem engsten Zusammenhang stehen, lauten also:

§. 3. Non idem respondetur, cum duobus testamentis generatim homo legatur: nam qui solvente altero, legatarii factus est, quamvis postea sit alienatus, ab altero herede idem solvi non poterit. Eademque

---

1) Vergl. im Allgem. argum. fr. 49 §. 1. D. de cond. instit. (28, 5.) und des Verf. Versuche II. §. 9., besonders S. 59 f., sowie die folgende Untersuchung.

2) Man hat dieß schon seit den Zeiten der Glossatoren erkannt. Vgl. besonders glossa ad fr. 66 cit. Cujac. Observat. XIV. 20. 21. Anton. Faber, Conjectur. Lib. II. cap. 15. Retes l. c. Nr. 29 sqq. Joh. Voet. commentar. ad Pand. Tit. de solution. Nr. 9. i. f. Schulting. Not. ad Dig. l. 66 §. 3. cit. Majans. l. c. §. 22. besonders pag. 140 i. f. 141. Der Letztere schließt, nachdem er die verschiedenen sich widerstreitenden Gesetzesstellen aufgezählt und betrachtet hat, mit den wehmüthig flehenden Worten: „Qui a difficultatibus propositis me liberare confidat, sinito a me exorari: scribat quaeso, doceatque me rationem ICtos conciliandi, et erit mihi magnus Apollo!"

ratio stipulationis est: hominis enim legatum, orationis compendio singulos homines continet, *utque ab initio non consistit in his, qui legatarii fuerunt, ita frustra solvitur, cujus dominium postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desiit*[1]).

Die Schwierigkeit liegt hier theils in der Vereinigung dieses §. 3. mit dem vorhergehenden §. 2. der Stelle; theils und hauptsächlich darin, daß manche andere Stellen unserer Quellen mit der Entscheidung des Juristen in §. 3. in Widerspruch stehen.

Wir wenden uns zuvörderst zu dem ersten dieser beiden Punkte.

a) Im §. 2. nimmt Papinianus, wie schon erwähnt, in dem Falle, wenn ein unbestimmter ideeller Theil eines fundus legirt worden ist, an, daß der Onerirte aus dem Einen Testament auch den Theil zur Erfüllung seiner Verpflichtung geben könne, welchen der Legatar schon von dem andern Onerirten in Folge des Vermächtnisses aus dem andern Testament eigenthümlich erworben, nachher aber wieder veräußert hat; so fern dieser Theil an den früher erwähnten Onerirten auf irgend eine Art als Eigenthum gekommen

1) Einige Varianten an diesem Text der **Flor.**, welche in der **Vulg.** und **Hal.** sich finden, sind für den Sinn der Stelle ohne Bedeutung.

ist. Im §. 3. dagegen soll das Nämliche bei einem generell legirten Sklaven nicht eintreten, sondern, wenn ein bestimmter Sklave von dem onerirten Erben aus dem Einen Testament gegeben, und dieser Sklave später von dem Legatar veräußert worden ist, so soll dieser nämliche Sklave von dem Onerirten aus dem zweiten Testamente nicht gegeben werden können. Dasselbe soll auch bei Stipulationen eintreten. — Darauf entwickelt der Jurist den Grund dieses Unterschieds zwischen der Entscheidung des Falles im §. 2 und 3. genauer.

Wir suchen nun zuerst den Ideengang Papinian's uns im Zusammenhang klar vor Augen zu stellen[1]), um dann die anderen Quellenzeugnisse mit diesem Fragment zu vergleichen, und daraus zuletzt das Resultat für die practische Anwendung zu gewinnen.

Der Gedanke des Juristen in jenen beiden §§. der Stelle ist folgender:

α) Wenn ein bestimmter Sklave, z. B. Stichus, einmal als solutio des generellen Legats eines Sklaven

---

1) Wir werden darum auch den einen oder den andern Punkt, welcher schon weiter oben bei Erklärung des §. 2. vorgekommen ist, zur deutlicheren Darstellung des Zusammenhangs nochmals wiederholen müssen.

gegeben ist, so erscheint dieß juristisch gerade so, als wenn dieser Stichus von Anfang an der Gegenstand des Legats gewesen wäre; denn alle Sklaven überhaupt waren von der Zeit der Errichtung des Legats an in dem Legat begriffen (contineri)[1]; also auch der gegebene. So wenig nun der Sklave zur Erfüllung des Legats gegeben werden, oder, so wenig das Legat an dem Sklaven rechtsgültig bestehen konnte (consistere)[2], welcher gleich von Anfang an dem Legatar eigenthümlich gehörte; ebensowenig soll dieß jetzt bei dem Sklaven Stichus der Fall sein, welcher nunmehr als der alleinige Gegenstand des Legats von Anfang an erscheint, und dadurch von nun an in einer Lage sich befindet, in welcher er zur Zeit der Errichtung des Legats nicht als fähiger Gegen-

1) fr. 66 §. 3. cit. verb.: hominis enim legatum orationis compendio *singulos homines continet*. Vgl. S. 134 a. E. 135 oben. — Cujac. l. c. cap. 21 verb.: *Continetur* legato quod legatum *est*, aut quod *intelligitur* esse legatum.

2) Papinianus gebraucht hier, wie oben bemerkt, den Ausdruck „consistere", welchen Cujac. l. c. richtig also erklärt: *Consistit* legatum in ea re, quae solvi potest. Qua in re consistit, non continuo et ea res legato continetur; et retro, quae res legato continetur, non continuo consistit et in ea legatum; exempli gratia: Si res mea mihi legetur, res mea legato continetur, et in ea tamen legatum non consistit. etc.

stand zur Erfüllung desselben hätte gelten können. Er ist also jetzt überhaupt kein fähiger Gegenstand zur Erfüllung des Legats mehr, obgleich er aufgehört hat, Eigenthum des Legatars zu sein; ebensowenig, wie die spätere Veräußerung des Sklaven, welcher zur Zeit der Errichtung des Legats dem Honorirten gehörte, an dessen Unfähigkeit zur solutio des Legats etwas ändert[1]).

β) Anders gestaltet sich das Verhältniß bei dem unbestimmten ideellen Theil.

Wenn hier auch jeder der verschiedenen Theile zur Erfüllung des Legats gegeben werden kann[2]), so macht doch nie die Gesammtheit der Theile, oder das Ganze den Gegenstand des Legats aus, oder: es sind nie alle Theile in dem Legat des Einen Theils in der Art begriffen, wie bei dem generellen Legat eines Sklaven, alle zum genus servorum gehörigen Individuen; denn der Theil ist dem Ganzen gerade entgegengesetzt, der Begriff des Einen Theils schließt die übrigen Theile aus.

---

1) fr. 66 §. 3. i. f. verb.: utque *ab initio* non *consistit* in his, qui legatarii fuerunt, ita frustra solvitur, cujus dominium *postea* legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desiit. Vgl. auch S. 151 oben.

2) S. 150 oben.

Darum kann man auch nicht sagen, daß gerade der gegebene unbestimmte ideelle Theil, 1/4 1/3 1/2, von Anfang an der Gegenstand des Legats gewesen, oder in dem Legat begriffen gewesen sei. Ebensowenig erscheint dieser einmal gegebene unbestimmte ideelle Theil in der Art als dasselbe Individuum (corpus), wie der einmal gegebene, als körperliches Wesen sichtbare Sklave; denn bei jenem Theil kommt überhaupt gar keine körperliche Sache in Betracht, sondern bloß ein in der Idee, oder dem juristischen Begriff nach gedachter Gegenstand; und, wenn etwa auch der Legatar einen dieser Theile, z. B. 1/4, zur Erfüllung des Legats von dem Einen der Onerirten erhalten, später aber denselben wieder veräußert hat, und nun der zweite Onerirte diesen nämlichen Theil erwirbt, so kann der Letztere ihn als solutio seines Legats rechtsgültig geben; weil die Identität des Gegenstands bei dem ersten und dem zweiten Legat sich hier nicht, wie bei einem körperlichen Individuum herstellen läßt, da überhaupt kein solches existirt [1]).

Die vorstehende Entwickelung stimmt im Wesent-

---

1) fr. 66 §. 2. i. f. cit. verb.: namque plures in uno fundo dominium *juris intellectu*, non *divisione corporis* possident. Vgl. S. 151 a. E. oben.

lichen mit der Glosse[1]) und mit Cujacius[2]) überein, oder sie ist vielmehr aus einer Vereinigung dieser

1) Azo ad fr. 66 §. 3. verb.: „*Non idem*" sagt: est tamen aliud: quia homo, qui ab uno mihi solvitur, si desinat esse meus, non solvetur ab alio, quia ostendi potest homo ad oculum in quo concurrit hujusmodi causa lucrativa: *unde et solutus videtur in obligatione solus fuisse et non alius:* et hoc est „hominis enim legatum" etc.: sed pars fundi soluta non potest ostendi: unde nec fuisse videtur ex causa lucrativa debita.

2) Cujacius l. c. cap. 21 fährt fast unmittelbar nach den vorhin S. 156 Not. 2. mitgetheilten Worten also fort: Et ita legato partis fundi mihi relicto, fundi non et continentur partes singulae: ergo nec pars, quae tunc mea fuit, nec quae post facta est mea, quae si contineretur sane in ea non consisteret legatum: sed quia non continetur, etiam in ea consistit legatum, ut possit heres eandem partem aliquo modo suam factam mihi solvere et liberari. Contra, legato hominis mihi relicto, continentur singuli homines; ergo is etiam continetur qui tunc meus fuit, vel qui postea factus est meus, ac consequenter, in eo non consistit legatum, et eundem hominem mihi dando heres non liberatur. Cur vero hominis legatum continet singulos homines, partis legatum non continet singulas partes? quia homo est species, vel ut Seneca loquitur genus speciale, quod habet in se singulos, quae individua vocant, Stichum, Pamphilum, Damam. Pars non est genus, non continet singulas partes, ut pars fundi non continet partes caeteras fundi, pars hominis

beiden gewichtigen Hülfsmittel der Interpretation hervorgegangen; weßhalb wir zur Vergleichung und näheren Ausführung die betreffenden Stellen aus beiden in den Noten aufgenommen haben.

b) Es entsteht aber nun die zweite und Hauptschwierigkeit: die Entscheidung des Papinianus in fr. 66 §. 3. cit. mit andern Quellenzeugnissen zu vereinigen.

Aus der Betrachtung sämmtlicher hierher gehöriger Stellen aus Justinian's Compilation ergibt sich, daß die römischen Juristen über unsere Frage verschiedener Ansicht gewesen sind, und daß die Compilatoren Justinian's nicht Einer dieser Ansichten allein Eingang in die Compilation gestattet, sondern Stimmen für die eine, wie für die andere, in die Digesten aufgenommen haben; wozu noch, um die Schwierigkeit zu mehren, weiter kommt, daß der Text einzelner Stellen als corrupt erscheint.

Darum dürfte hier eine Vereinigung aller Quellenzeugnisse wohl schwerlich je zu erzielen sein [1]), und der Interpret sich wohl nur das Ziel zu stecken haben,

---

non continet hominis partes omnes. In partis nomine nullum est compendium orationis. In hominis nomine est compendium orationis. etc.

1) Majansius' flehender Wunsch S. 153 Not. 2. a. E. oben wird darum auch wohl ferner pium desiderium bleiben!

die Ansicht festzustellen, welche nach allgemeinen Regeln der Auslegung für die practische Anwendung den Vorzug verdient.

Der eigentliche Punkt des Widerstreits in den Quellen läßt sich am Kürzesten in die Worte Papinian's: Eademque ratio stipulationis est — in fr. 66 §. 3. D. de legat. II. cit. zusammenfassen.

Hiernach werden Stipulationen und Legate in Beziehung auf unsere Frage völlig gleichgestellt: was von der einen gilt, muß auch von dem andern gelten. Damit sind aber andere Stellen der Digesten unvereinbar.

Marcellus sagt nämlich in

fr. 67 pr. D. de solution. (46, 3.)

Si quis duos homines promiserit et Stichum solverit: *poterit, ejusdem Stichi dominium postea consecutus, dando liberari.* etc.

Auch in diesem Falle des generellen Versprechens zweier Sklaven war jeder einzelne zum genus servorum gehörige Sklave ebenso in der obligatio begriffen, wie in unserem Falle des generellen Legats oder der generellen stipulatio Eines Sklaven.

Dennoch läßt der Jurist hier den Sklaven Stichus, welcher bereits einmal von dem Promittenten gegeben war, auch zur Erfüllung der zweiten Verbindlichkeit rechtsgültig noch einmal gegeben werden; was

mit der Entscheidung von Papinianus in unverkennbarem Widerspruch steht. Ja Marcellus geht hier noch weiter, indem er den nämlichen Schuldner, welcher den Sklaven Stichus zum ersten Male gegeben hat, ebendenselben Stichus auch zum zweiten Male geben läßt, während in unserem Fall des fr. 66 §. 3. nur von zwei verschiedenen Schuldnern die Rede ist; und dann, indem hier an die Stelle des ursprünglichen Objects der obligatio (des zweiten Sklaven) jetzt ein ganz anderes, nämlich der Eine von den zwei Sklaven (Stichus) zum zweiten Male tritt.

Doch deutet hier Marcellus den Streit und Zweifel unter den römischen Juristen selbst in den unmittelbar auf die vorhin angegebene Stelle folgenden Worten des fr. 67 pr. cit. an: In nummis *minor*, vel *prope nulla dubitatio* est: etc.

Noch viel weiter geht aber derselbe Marcellus in fr. 72 §. 4. D. de solut. (46, 3.), obgleich der Text nach der gewöhnlichen Lesart dieser Stelle keineswegs authentisch erscheint, sondern höchst wahrscheinlich corrupt ist. Die Florentina gibt hier die betreffenden Worte also: Sed ei, qui hominem dari stipulatus est, *unum* etiam ex his, qui tunc stipulatori servierant[1]),

---

1) Die lect. vulg. „stipulatoris servi erant" ändert den Sinn nicht. GEB. SP. ad h. l. not. 31.

dando promissor liberatur: vi quidem ipsa et hic ex his dari stipulatus est, qui ejus non erat: etc.[1])

In Beziehung auf den mitgetheilten Passus der Stelle kommen alle angegebenen Lesarten, trotz mancher Varianten, darin überein, daß, nach dem Ausspruch des **Marcellus**, bei dem generellen Versprechen eines Sklaven der Versprechende auch dadurch von seiner Verpflichtung befreit wird, wenn er Einen von denjenigen Sklaven gibt, welche zur Zeit der stipulatio dem stipulator eigenthümlich gehört hatten.

Damit steht aber der unmittelbar vorausgehende Anfang des erwähnten fr. 72 §. 4. selbst in Widerspruch[2]): Stichum aut Pamphilum stipulatus sum, cum esset meus Pamphilus: *nec si meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dando:* neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse, nec obligatio, nec solutio. — Denn **Marcellus** sagt darin ausdrücklich, daß der Sklave **Pamphilus**, welcher zur Zeit der stipulatio dem stipulator gehört hat, zur Erfüllung des Versprechens **nicht** gegeben werden könne,

---

1) Haloander liest hier: „promissor liberatur vi quidem ipsa: at si ex his dari stipulatus est, qui ejus non erant." Die Vulg.: „promissor liberabitur, vi quidem ipsa: ac si is dari stipulatus esset, qui ejus non erat. GEB. SP. not. 33.

2) Das erkennen schon mehrere Glossatoren dieser Stelle an.

auch wenn er später aufgehört hat, Eigenthum des stipulator zu sein; womit auch Paulus vollkommen übereinstimmt in

fr. 128 i. f. D. de V. O. (45, 1.)

verb.: Eadem ratione qui Stichum aut Pamphilum stipulatur, *si in unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat, etiam si desierit ejus esse, non recte solvitur:* quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.

Zwar beziehen sich die beiden letzteren Stellen nicht, wie die vorhergehende, auf ein generelles Versprechen, sondern auf ein alternatives; allein dieses, wie jenes, müssen doch in soweit für gleich gelten, als bei ihnen derjenige Sklave, welcher zur Zeit der stipulatio dem stipulator gehörte, nicht Gegenstand der solutio sein kann.

Denn generelle und alternative Stipulationen werden überhaupt in den Quellen in vieler Hinsicht einander gleichgestellt [1]), und sie sind hier nur in soweit factisch von einander verschieden, daß die alternative Disposition ihrem Umfang nach beschränkter ist, weil nur zwei Individuen mögliche Gegenstände der Erfüllung sind, während bei dem generellen Ver-

1) fr. 32 §. 3. D. de cond. ind. (12, 6.) fr. 2 §. 1. D. de V. O. (45, 1.) fr. 85 §. 4. fr. 54 pr. eod.

sprechen alle zum genus servorum gehörende Sklaven in der stipulatio begriffen werden. Gerade weil aber alle Sklaven in dem generellen Versprechen von Anfang an begriffen sind, so kann dasselbe in Beziehung auf denjenigen, welcher dem stipulator von Anfang an gehört hat, nicht rechtlich bestehen; ebensowenig, wie bei der alternativen stipulatio derjenige von den beiden Sklaven Gegenstand zur Erfüllung der stipulatio sein kann, welcher zur Zeit des Versprechens Eigenthum des stipulator war. Und damit verbinden sich noch alle §. 9. g. E. oben[1]) angeführten Gesetzesstellen, welche ganz allgemein den Grundsatz aussprechen, daß meine eigne Sache mir nicht legirt oder versprochen werden kann[2]), weil das, was einmal mein Eigenthum ist, nicht zum zweiten Mal mein Eigenthum werden kann; und daß auch die spätere Veräußerung dieser meiner eignen Sache das Legat oder Versprechen nicht gültig macht.

Hieraus geht hervor, daß der gewöhnliche Text in dem oben mitgetheilten Passus des fr. 72 §. 4. D. de solut. gegründeten Bedenken unterliegt. Das hat

---

1) S. 141 Not. 1 und 2. oben.

2) Legate und Stipulationen stehen sich ja hier nach dem Ausspruch Papinian's in fr. 66 §. 3 D. de legat. II. cit., sowie aus allgemeinen Gründen, gleich.

man schon in älterer Zeit anerkannt, und durch Emendation zu helfen gesucht; was an sich hier weniger bedenklich erscheint, als anderswo, weil, wie schon bemerkt, die Lesarten der Manuscripte in unserer ganzen Stelle mannichfaltig von einander abweichen, so daß der Gedanke einer Corruption dieser Stelle überhaupt nicht fern liegt.

Dem Verf. scheint vor allen die Emendation von Cujacius[1]) den Vorzug zu verdienen, welcher in unserer Stelle statt „unum", indem er den Satz frageweise stellt, „num" liest, und mit Recht darauf aufmerksam macht, daß Marcellus auch den dritten in fr. 72 §. 4. cit. entschiedenen Fall ebenso in Form einer Frage behandelt: „*num* mortuis duobus" etc.

Nach dieser Emendation würde die Stelle also lauten: Sed[2]) ei, qui hominem dari stipulatus est, *num* etiam ex his, qui tunc stipulatori servierant, dando promissor liberabitur? Vi quidem ipsa[3]) et hic

1) Observat. XIV, 20.

2) Diese Partikel kann auch bei der frageweisen Fassung des Satzes recht wohl den Uebergang zu einem zweiten Fall bilden.

3) Mit Recht hat Cujacius l. c. diese Worte durch „tacito intellectu, etiam si hoc non expresserit" erklärt.

ex his dari stipulatus est, qui ejus non era*nt*[1]: — — *num* mortuis duobus, qui alterius erant, supererit ulla obligatio, videamus?

Marcellus sagt also nach dieser Emendation in dem zweiten Falle der Stelle: Es versteht sich von selbst, daß auch hier, bei dem generellen Versprechen eines Sklaven, der stipulator Einen von den Sklaven sich hat versprechen lassen, welche zur Zeit der stipulatio nicht bereits sein Eigenthum waren. — Und das erscheint auch ganz natürlich, nachdem der Jurist unmittelbar vorher bei dem alternativen Versprechen so bestimmt und allgemein entschieden hat: neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse, *nec obligatio, nec solutio.*

Auf diese Weise ließe sich der Ausspruch von Marcellus bei dem zweiten der in fr. 72 §. 4. cit. behandelten Fälle recht gut sowohl mit allen übrigen Gesetzesstellen überhaupt, als insbesondere mit der Entscheidung desselben Juristen über den unmittelbar vorhergehenden Fall alternativer Obligationen vereinigen; weil dann Marcellus das generelle und alternative Versprechen, wie es auch sein muß, hier gleichstellt, indem er sagt: „Nicht bloß dann, wenn

1) Auch Haloander liest hier „era*nt*" statt „erat." Vgl. S. 163 Not. 1. oben.

Jemand den Stichus oder Pamphilus alternativ verspricht, nimmt man an, daß er nur denjenigen von beiden wirksam versprochen hat, welcher zur Zeit der stipulatio nicht Eigenthum des stipulator war, sondern dasselbe tritt auch dann ein, wenn Jemand einen Sklaven generell versprochen hat"[1]).

Es bleibt nur noch die Frage übrig, ob diese Emendation von Cujacius, wodurch der erste und zweite in fr. 72 §. 4. cit. entschiedene Fall mit einander vereinigt werden, auch mit dem dritten der in jenem Fragment behandelten Fälle in Uebereinstimmung zu bringen ist. Der betreffende Passus der Stelle, welcher sich unmittelbar an das oben über das generelle Versprechen eines Sklaven Gesagte anschließt, lautet also: Fingamus ita stipulatum, *hominem ex his quos Sempronius reliquit, dare spondes?* cum tres Sempronius reliquisset, eorumque aliquem stipulatoris fuisse: num mortuis duobus, qui alterius erant, supererit ulla obligatio, videamus? et magis est, deficere stipulationem: nisi ante mortem duorum desierit esse reliquus servus stipulatoris.

Bei der Erklärung dieser Stelle kommt es zunächst auf die Auslegung der Worte an: „eorumque aliquem stipulatoris fuisse"; nämlich darauf, von wel-

---

1) Cujac. l. c.

cher Zeit das Eigenthum des stipulator verstanden wird.

Nimmt man an, daß der Jurist hier das Eigenthum an dem Einen der drei Sklaven zur Zeit der *stipulatio* gemeint habe, so würde er in diesem Falle dasselbe sagen, was er nach der gewöhnlichen Lesart in dem vorhergehenden Falle bestimmt [1]); versteht man aber die angegebenen Worte davon, daß der stipulator später, nach der stipulatio, das Eigenthum an Einem von den drei Sklaven erworben hat, so läßt sich die Entscheidung des Marcellus mit dem vorhergehenden Falle nach der Emendation von Cujacius, und ebendadurch auch mit dem ersten Falle der alternativen Obligation in Uebereinstimmung bringen. — Und diese letztere Auffassung erscheint uns als die richtige [2]).

Denn die stipulatio war von Anfang an auf die

---

1) Es würde alsdann derjenige von den drei Sklaven, welcher zur Zeit der stipulatio dem stipulator gehört hat, zur Erfüllung des Versprechens gültig gegeben werden können, wenn er nur vor dem Tode der beiden anderen Sklaven wieder aus dem Eigenthum des stipulator herausgetreten wäre.

2) Schon die **glossa ad h. l. voc.**: „*fuisset*" deutet die beiden verschiedenen Erklärungsarten an, und gibt, wie wir, der letzteren den Vorzug, **verb.: tempore stipulationis. Vel dic postea.**

Sklaven gerichtet, welche Sempronius hinterlassen hat. Dieser Sklaven waren drei, an deren Einem nach der Stelle der stipulator Eigenthum hatte, ohne daß irgend genauer bestimmt ist, wann dieses Eigenthum Statt gefunden. — Vergleichen wir nun die zu Anfang des Fragments erwähnte alternative stipulatio, bei welcher zwei Sklaven als rechtlich mögliche Objecte zur Erfüllung des Versprechens erscheinen, mit unserem Falle, bei dem Einer von drei Sklaven zur Erfüllung der stipulatio gegeben werden kann; — erfordert dann nicht die Consequenz nothwendig, daß wir auch hier in Beziehung auf denjenigen von den drei Sklaven, welcher zur Zeit der stipulatio dem stipulator gehört hat (und den wir Pamphilus nennen wollen), mit dem Juristen im Anfang des Fragments sagen: nec si meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dando: *neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse, nec obligatio, nec solutio?* —

Würde nicht der Widerspruch allzu grell sein, wenn Marcellus in der nämlichen Stelle den ersten und den dritten Fall, welche sich so nahe stehen, ganz entgegengesetzt entschieden hätte?

Nehmen wir aber an, daß der Eine von den drei hinterlassenen Sklaven des Sempronius nach der stipulatio Eigenthum des stipulator geworden, später aber vor dem Tode der beiden anderen wieder aus

dem Eigenthum herausgetreten war — dann steht nach der ganzen bisherigen Untersuchung Nichts im Wege [1]), diesen Sklaven zur Erfüllung des Versprechens zu geben; während natürlich die stipulatio deficiren muß, wenn dieser Sklave bei dem Tode der beiden anderen noch im Eigenthum des stipulator sich befand, weil dann alle Objecte der obligatio weggefallen sind, da meine eigne Sache nicht noch einmal mir zum Eigenthum gegeben werden kann.

Nach dieser Erklärung wären die drei in fr. 72 §. 4. cit. entschiedenen Fälle nicht allein unter sich in vollkommenem Einklang, sondern sie ständen auch mit allen übrigen Quellenzeugnissen in Uebereinstimmung, und es ließe sich zudem ein logisch ganz richtiger Gedankengang des Juristen annehmen, indem derselbe zu Anfang des §. bei der alternativen Stipulation den allgemeinen Grundsatz ausspricht, welchen er dann auf die beiden folgenden analogen Fälle kurz anwendet.

Wollte man aber die hier befolgte Emendation von Cujacius nicht gelten lassen, und demnach einen wirklichen Widerspruch des Marcellus in fr. 72 §. 4. cit., selbst und mit anderen Gesetzesstellen annehmen,

1) Wenn man nicht die Entscheidung Papinian's in **fr. 66 §. 3. D. de legat. II.** cit. auch auf diesen Fall ausdehnen wollte. S. weiter unten.

so würde sicher dieser einzelnen, ohnehin wegen der schwankenden Lesarten minder gewichtigen Stelle durchaus kein Vorzug eingeräumt werden dürfen.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung geht dahin: Nach den meisten Gesetzesstellen kann bei dem generellen Versprechen oder dem generellen Legat eines Sklaven, eines Pferdes u. dgl., (welche beide Dispositionen sich gleichstehen) dasjenige Individuum dieser Gattung, welches zur Zeit der stipulatio oder der Errichtung des Legats dem stipulator oder dem Legatar gehörte, zwar nicht Gegenstand der Disposition sein (sie kann daran nicht rechtlich bestehen); allein dasjenige Individuum, welches in dieser Zeit nicht Eigenthum des Gläubigers war, sondern nur später von dem Einen der Schuldner dem Gläubiger zur Erfüllung gegeben, und darauf von dem letzteren wieder veräußert worden ist — dieses kann von dem anderen Schuldner, der das Eigenthum daran auf irgend eine Art erworben hat, zur rechtsgültigen solutio seiner obligatio gegeben werden.

Direct läßt sich für diese Ansicht fr. 67 pr. D. de solution. cit.[1]) von Marcellus anführen; fr. 72 §. 4. D. eod. von demselben Juristen[2]) geht nach der ge-

1) S. 161 oben.

2) S. 162. 163 oben.

wöhnlichen Lesart noch viel weiter; wenn man aber auch diese lectio mit Cujacius emendirt, und dadurch die Stelle theils mit sich selbst, theils mit fr. 128 i. f. D. de V. O. cit.[1]) in Einklang bringt, so stimmt auch fr. 72 §. 4. mit fr. 67 pr. cit. überein, weil jene Stellen nur den zur Zeit der Errichtung der Disposition dem Gläubiger gehörigen Sklaven für unfähig zur Erfüllung der obligatio erklären, wodurch vermöge des argumentum a contrario[2]) der später im vorübergehenden Eigenthum befindliche Sklave nicht als unfähig erscheint[3]).

---

1) S. 164 oben.

2) Da dieses Argument direct durch fr. 67 pr. D. de solution. cit. unterstützt wird, so kann man allerdings darauf Gewicht legen; und wenn diese Digestenstellen auch zunächst nur von Stipulationen handeln, so müssen sie doch ebenso nach dem Ausspruch von Papinianus selbst in fr. 66 §. 3. D. de legat. II. cit., auch auf Legate angewendet werden; wie schon früher bemerkt worden ist.

3) Gegen diese Ansicht läßt sich auch nicht mit Grund fr. 16 D. de V. O. (45, 1.) von Pomponius anführen: Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas, *et alter ex eis meus factus sit* ex aliqua causa: reliquum debetur mihi a te. — Denn die Stelle sagt nirgends, daß der stipulator den erhaltenen Sklaven wieder veräußert hat; und, so lange derselbe sich noch im Eigenthum des stipulator befindet, kann natürlich nur der andere Sklave zur Erfüllung der alter-

Diesen übereinstimmenden Quellenzeugnissen glauben wir nun unbedenklich vor der isolirt stehenden Entscheidung des **Papinianus** in fr. 66 §. 5. D. de legat. II. cit. den Vorzug einräumen zu müssen.

§. 11.

III. Zu **den** Fällen, in welchen der concursus duarum causarum lucrativarum mit seinen eigenthümlichen Wirkungen wegen Beschaffenheit des Gegenstandes der Forderungen nicht eintreten kann (weil dieser nicht bei beiden lucrativen Erwerbsgründen **Eine bestimmte** *species* ist), gehört endlich noch **der** Fall, **wenn die beiden** *causae lucrativae*, **oder Eine derselben**[1]) eine **alternative Obligation enthalten**[2]).

---

nativen obligatio gegeben werden; gerade, wie dieß der Fall ist, wenn Einer der alternativ versprochenen Gegenstände untergegangen ist. Vgl. im Allgem. fr. 95 pr. D. de solut. (46, 3.) fr. 32 pr. fr. 26 §. 13. D. de cond. ind. (12, 6.) fr. 10 i. f. D. de jur. dot. (23, 3.) fr. 34 §. 6. D. de contr. emt. (18, 1.) fr. 2 §. 3. D. de eo quod certo loco (13, 4.) fr. 55 D. ad leg. Aquil. (9, 2.)

1) Natürlich gilt in dem Falle, wenn nur Einer der lucrativen Erwerbsgründe eine alternative Obligation enthält, das hier Gesagte allein von diesem. S. diesen §. a. E.

2) Cujac. Commentar. ad Tit. Dig. de V. O. l. 16. Retes l. c. Nr. 39.

Der Grund für die Richtigkeit des Gesagten liegt nahe. Denn, wird Einer der alternativ zu leistenden Gegenstände von dem Gläubiger ex causa lucrativa erworben, so bleibt ja immer noch der zweite rechtlich mögliches Object zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners, und man kann von dem Gläubiger nicht sagen, er habe bereits Alles und gerade das erhalten, was den Gegenstand der obligatio ausmacht; weil der Schuldner noch den anderen der alternativ zu leistenden Gegenstände geben kann, welcher gerade so, wie der bereits erworbene, von Anfang an in der obligatio begriffen war.

So wenig nun überhaupt der debitor ex obligatione alternativa frei wird, wenn Einer der beiden Gegenstände auf irgend eine andere onerose oder lucrative Weise in das Eigenthum des Gläubigers übergeht[1]); oder, so wenig dieser Schuldner durch den Untergang Eines der alternativ zu leistenden Gegenstände Befreiung erlangt[2]); ebensowenig kann dieß hier in unserem Falle eintreten.

Unsere Ausführung stimmt demnach sowohl mit

---

1) fr. 16 D. de V. O. (45, 1.) (Pomponius.) verb.: et alter ex eis meus factus sit *ex aliqua causa.* etc.

2) Vgl. die S. 173 Not. 3. a. E. allegirten Gesetzesstellen und im Allgem. Zimmern, Archiv für civil. Prax. I. Nr. XXIII.

der allgemeinen Natur alternativer Obligationen, als mit dem rechtlichen Charakter des c. d. c. l. überein, und sie findet ihre ausdrückliche und specielle Bestätigung durch den Ausspruch des Julianus in

fr. 82 §. 6. D. de legat. I. (30.) (lib. 33 Digest.)

Cum mihi *Stichus aut Pamphilus legati fuissent duorum testamentis*, et Stichum ex altero testamento consecutus fuissem, ex altero Pamphilum petere possum: quia et si uno testamento Stichus aut Pamphilus legati fuissent, et Stichus ex causa lucrativa meus factus fuisset, nihilominus Pamphilum petere possem.

Mit dieser Digestenstelle läßt sich eine andere verbinden, welche das, was Julianus hier von Legaten vorschreibt, auch auf Stipulationen, Rechtsgeschäfte unter Lebenden, anwendet[1]; nämlich

fr. 16 D. de V. O. (45, 1.) (Pomponius.)

Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas, et alter ex eis meus factus sit *ex aliqua causa:* reliquum mihi debetur a te. —

und endlich kann noch eine dritte Digestenstelle angeführt werden, welche zeigt, daß das Nämliche auch dann eintritt, wenn eine causa lucrativa aus einem Rechtsgeschäft unter Lebenden mit einem solchen Er-

---

1) Dafür zeugt die Stellung des fr. 16 im Tit. Dig. de V. O.

werbsgrund aus einem negotium mortis causa bei alternativen Obligationen concurrirt:

fr. 84 §. 11. D. de legat. I. (30.) (JULIANUS lib. 33 Digest.)

Si Titio *Stichus aut Pamphilus*, utrum eorum mallet, *legatus est;* deinde Pamphilum testator Titio *donavit:* Stichus in obligatione remanet.

Die letztere Gesetzesstelle bestätigt zugleich recht deutlich das zu Anfang des §. Gesagte, daß bei alternativen Obligationen durch den lucrativen Erwerb des einen der Gegenstände die Forderung auf den andern nicht aufhört, sondern nur der Eine aus der obligatio ausfällt, so daß dieselbe sich in eine einfache verwandelt[1]). Auch steht nicht im Wege, daß in dieser Stelle von dem Falle die Rede ist, wenn die beiden lucrativen Erwerbsgründe von Einem Disponenten herrühren; denn ganz das Gleiche gilt auch nach dem zuerst angeführten fr. 82 §. 6. D. de legat. I. aus dem nämlichen Buche desselben Werks von Julianus bei verschiedenen Dispositionen verschiedener Personen, wie bei zwei Testamenten; weil der Grund allein in der Beschaffenheit des Gegenstandes bei der obligatio alternativa liegt.

---

1) argum.: fr. 95 pr. i. f. D. de solution. (46, 3.) (PAPIN.) verb.: ac si solus in obligatione deductus fuisset.

Was bisher gesagt worden ist, muß natürlich in dem Falle, wenn die beiden concurrirenden lucrativen Erwerbsgründe aus zwei alternativen Obligationen hervorgehen, von beiden gelten; ist dagegen die eine causa lucrativa eine einfache, die andere eine alternative Obligation, so gilt das Gesagte nur von der letzteren, während bei der ersteren aus nahe liegenden Gründen der concursus duarum causarum lucrativarum nach allgemeinen Regeln zur Anwendung kommt: wenn z. B. A. den Stichus oder Pamphilus dem X. aus Einem Testament als Legat verschuldet, B. den Stichus allein aus einem andern Testament, und X. diesen Stichus zur Erfüllung des alternativen Legats von dem A. erhalten hat, so erlischt ohne Zweifel wegen des c. d. c. l. das dem B. auferlegte einfache Legat dieses Sklaven.

Fünfte Abtheilung.

Wirkungen des *concursus duarum causarum lucrativarum*.

§. 12.

Den Schluß unserer Untersuchung bilden noch einige Bemerkungen über die rechtlichen Wirkungen des concursus duarum causarum lucrativarum.

Die Eigenthümlichkeit dieser Wirkung besteht nun, wie die ganze vorhergehende Darstellung gezeigt hat [1]), bei dem eigentlichen c. d. c. l. darin, daß, sobald der creditor die bestimmte species, welche den Gegenstand der mehreren lucrativen Erwerbsgründe ausmacht, aus Einer jener causae selbst, unentgeltlich, vollständig und unwiderruflich zum Eigenthum erhalten hat, dadurch alle übrigen causae lucrativae ipso jure aufgehoben werden, gleichwie durch solutio [2]).

Die Stelle, welche sich hierüber am Genauesten verbreitet und zugleich die verschiedenen Ausdrücke für

---

1) Vgl. besonders §. 3 — 6. oben.

2) S. 17 Not. 2. oben.

die Aufhebung der andern lucrativen Obligationen hervorhebt, ist der Ausspruch des Juristen Paulus in fr. 83 §. 6. D. de V. O. (45, 1.)

Si rem, quam ex causa lucrativa stipulatus sum, nactus fuero ex causa lucrativa, *evanescit* stipulatio: sed si heres extitero domino [1], *extinguitur* stipulatio [2]. Si vero a me herede defunctus eam legavit, potest agi ex stipulatu [3]. Idemque esse, et si sub conditione legata sit, quia et si ipse debitor rem sub conditione legatam dedisset, non liberaretur [4]: sed si conditione deficiente remanserit, petitio *infirmabitur* [5].

Da jedoch die Wirkungen des concursus duarum causarum lucrativarum schon in der früheren Untersuchung vielfach betrachtet worden sind, weil sie sich

---

1) Diese Lesart der Vulg. und Hal. verdient nach dem Zusammenhang der Stelle den Vorzug vor der lect. Flor. „si heres exstitero, dominio extinguitur stipulatio." GEB. SP. ad h. l. not. 37.

2) Daß die hereditas als causa lucrativa gelte, ist oben §. 3. pos. I. 4. S. 21 f. gezeigt worden. Es ergibt sich dieß auch aus der Gleichstellung der hereditas mit dem Legat in unserer Stelle.

3) §. 5. pos. III. 3. a. b. S. 49 ff. oben.

4) S. 52. 53 oben.

5) Andere Gesetzesstellen, welche die aufhebende Wirkung des c. d. c. l. bezeichnen, s. S. 17 Not. 2. oben.

mit der Darstellung unserer Lehre überall nothwendig verbinden, so bleibt hier nur noch die Beantwortung der Frage übrig: ob derjenige *debitor*, welcher die durch den *c. d. c. l.* aufgehobene Verbindlichkeit erfüllt hat, das Gegebene von dem Empfänger wieder zurückfordern kann?

Wenn nun durch unseren concursus die übrigen Obligationen ipso jure aufgehoben werden, sobald der Gläubiger einmal die species selbst auf gehörige Art zum Eigenthum erhalten hat, so wird in der nachfolgenden Leistung des Werths der Sache die Zahlung einer Nichtschuld, oder einer bereits aufgehobenen Schuld liegen. Es treten demnach die allgemeinen Grundsätze über Rückforderung einer gezahlten Nichtschuld, oder einer ohne Rechtsgrund geschehenen solutio ein, welche Rückforderung hier, bei einseitigen lucrativen Rechtsgeschäften, nur durch Condictionen geltend gemacht werden kann; und zwar entweder durch die condictio indebiti, oder die condictio sine causa.

1) Die erste dieser Klagen findet Statt:

a) wenn die aestimatio der species aus Einem der mehreren lucrativen Erwerbsgründe gezahlt worden ist, nachdem vorher schon die species selbst dem Gläubiger titulo lucrativo zum Eigenthum gegeben war. Denn, da nach den Quellen bei der condictio indebiti ein indebitum nicht bloß dann angenommen wird, wenn

überhaupt gar keine Forderung existirte, sondern auch dann, wenn die Forderung durch eine exceptio perpetua und peremtoria unwirksam gemacht werden kann[1]); so wird dieß um so mehr in unserem Falle eintreten, wenn der Werth der *species* geleistet worden ist, nachdem die Forderung durch den *c. d. c. l.* bereits *ipso jure* aufgehoben war; vorausgesetzt natürlich

b) daß von Seiten des Zahlenden ein nach den Gesetzen entschuldbarer Irrthum Statt gefunden hat[2]). Dieß tritt hier nament=

---

1) Fragm. Vat. §. 266. (Ulpian. lib. 1 ad edict. de rebus creditis.) fr. 26 §. 3. D. de cond. ind. (12, 6.) (Ulpian. lib. 26 ad Edict.) fr. 40 pr. D. eod. (Marcian.) fr. 34 §. 11. D. de solution. (46, 3.) (Julianus.) vergl. mit fr. 24 D. de cond. ind. (12, 6.) (Ulpianus.)

2) Auf die bestrittene Frage: ob bloß ein factischer, oder auch ein Rechtsirrthum hier als entschuldbar erscheine — welches Letztere besonders Mühlenbruch, Archiv für civil. Praxis II. S. 416 ff. mit erheblichen Gründen vertheidigt — kann hier nicht näher eingegangen werden. — Ebenso kann die, besonders in neuerer Zeit angeregte Streitfrage: ob, wenn der Gläubiger das indebite solutum wissentlich angenom= men hat, allein die condictio furtiva angestellt werden müsse, oder mit dieser die condictio indebiti electiv concurriren könne — füglich hier unberührt bleiben; weil sie für den Zweck unserer Untersuchung kein näheres Interesse bietet,

lich dann ein, wenn derselbe nicht wußte, oder nicht wissen konnte, daß der Gläubiger schon vor der Zahlung des Werths die Sache selbst ex causa lucrativa erhalten hatte. Wenn dagegen der Schuldner aus Einem der lucrativen Erwerbsgründe den Werth der species absichtlich gegeben hat, indem ihm bekannt war, daß der Gläubiger schon vorher diese species selbst ex causa lucrativa erhalten hatte, so findet keine Rückforderung Statt, nach der allgemeinen Regel: Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est[1]). — Und in der That wird auch in unserem Falle die Vermuthung einer Schenkung sehr nahe liegen, wenn der debitor ex causa *lucrativa* mit dem Bewußtsein, daß seine Verpflichtung ipso jure aufgehoben sei, dennoch mit Absicht, freiwillig[2]) und unentgeltlich die aestimatio geleistet hat.

2) Auch die condictio sine causa wird vermöge ihres generellen rechtlichen Charakters zur Rückforderung der gezahlten aestimatio nach aufgehobener obli-

---

und wir durch tieferes Eingehen in untergeordnete Nebenfragen zu weit abgeführt würden.

1) fr. 53 D. de R. J. (PAULUS.) verglichen mit fr. 1 i. f. fr. 26 §. 3. i. f. §. 8. fr. 24. 62 D. de cond. ind. (12, 6.) const. 9 pr. C. eod. (4, 5.) fr. 21 §. 1. i. f. D. de inoff. test. (5, 2.) fr. 7 §. 2. i. f. D. pro emtore (41, 4.)

2) fr. 29 pr. D. de donat. (39, 5.) fr. 82 D. de R. J.

gatio ex causa lucrativa ohne Zweifel angestellt werden können; denn diese Klage findet ebenso dann Statt, wenn später der Anfangs vorhandene Rechtsgrund weggefallen ist, als in dem Falle, wenn von Anfang an gar keine causa vorhanden war[1]); insofern nur die sine causa geschehene Zahlung nicht animo donandi geleistet worden[2]).

Soweit nun beide Arten der Condictionen nach ihrer eben kurz entwickelten rechtlichen Natur mit einander überein kommen[3]), wird der Zahlende die aestimatio entweder mit der einen, oder der andern dieser Klagen elective condiciren können, entweder als

---

1) fr. 1 §. 2. fr. 2 i. f. fr. 3. 4 D. de cond. sine caus. (12, 7.) vgl. mit fr. 5 §. 18. fr. 6. 33 §. 1. D. de don. int. vir. et uxor. (24, 1.) und des Verf. Versuchen ꝛc. I. Abhdl. I. §. 34. pos. 5. Das weitere Requisit der cond. sine causa, daß keine turpis oder injusta causa vorhanden gewesen, interessirt uns hier zunächst nicht weiter [vergl. fr. 1 §. 3. fr. 5 D. h. t. (12, 5.)]

2) Vgl. die S. 183 Not. 1. allegirten Belegstellen.

3) Die cond. sine causa vertritt ja, wie bekannt, vermöge ihres allgemeinen Charakters die Stelle der übrigen Arten der Condictionen, namentlich hier der condictio indebiti [fr. 1 pr. D. de cond. sine caus. (12, 7.) vgl. mit fr. 1 §. 1. fr. 4 eod.]; sie findet aber auch noch weiter in den Fällen Statt, in welchen keine der anderen beschränkteren Condictionen als zulässig erscheint.

ein indebite solutum, oder als ein sine causa datum; insofern aber die condictio sine causa weiter geht, als die condictio indebiti [1]), findet die erstere allein Statt. —

In welchen Fällen kann aber hier eine Rückforderung Statt finden? und: Was macht den Gegenstand der Rückforderung aus?

Diese beiden Fragen können noch zum Schlusse der ganzen Untersuchung etwas genauer betrachtet werden, obgleich sich deren Beantwortung zum Theil schon aus der früheren Untersuchung von selbst ergibt.

Wir müssen dabei, nach Anleitung der vorhergehenden Darstellung, wieder den s. g. eigentlichen, und den s. g. uneigentlichen c. d. c. l. von einander unterscheiden.

---

1) Die cond. sine causa unterscheidet sich dadurch von der cond. indebiti, daß bei jener nicht, wie bei dieser, der entschuldbare Irrthum das charakteristische Requisit der Klage ausmacht, sowie die cond. sine causa auch dann vorkommen kann, wenn von Anfang an gar kein indebitum vorhanden war, sondern nur später durch die Umstände das anfängliche debitum in ein sine causa datum sich verwandelt hat: fr. 2 i. f. D. de cond. sine caus. (12, 7.) (ULPIANUS.) verb.: An autem et condicere possit, quaesitum est: *quia non indebitum dedit?* Nisi forte, *quasi sine causa datum,* sic putamus condici posse: etenim vestimentis inventis, quasi sine causa datum videtur. Vgl. auch im Allgem. die Stellen S. 184 Not. 1.

1) Bei dem eigentlichen c. d. c. l., wenn die duae causae lucrativae aus zwei verschiedenen Dispositionen verschiedener selbstständiger Personen herrühren[1]), wird nach der früheren Entwickelung Alles darauf ankommen:

a) ob zuerst die *species* selbst, oder zuerst die *aestimatio* gegeben worden ist. Im ersteren Falle tritt das Rückforderungsrecht unter den angegebenen Voraussetzungen ein, im letzteren nicht. Der Gegenstand der Rückforderung kann demnach hier immer bloß die aestimatio sein, weil nur deren Zahlung nach bereits empfangener species ein indebite solutum, oder sine causa datum begründet[2]). Darum hat natürlich auch nur derjenige unter den mehreren Schuldnern das Recht der Rückforderung, von welchem der Werth der Sache entrichtet worden ist, nachdem diese selbst vorher gegeben war.

b) Sind dagegen die species und die aestimatio aus zwei selbstständigen lucrativen Erwerbsgründen

---

1) §. 6. 8. oben.

2) Daß die Verpflichtung zur Rückgabe bei beiden Arten der Condictionen nur auf soviel gerichtet ist, als der Beklagte aus dem indebite oder sine causa datum sich bereichert befindet, kann man in neuerer Zeit als die gewöhnliche Ansicht annehmen. Vgl. des Verf. Schrift: Ueber bedingte Traditionen ꝛc. S. 261 Not. 3. ff.

von verschiedenen Debitoren gleichzeitig entrichtet worden, so findet im Allgemeinen keine Rückforderung Statt, wenn nicht etwa in fraudem legis gehandelt worden ist. Denn der c. d. c. l. mit seiner aufhebenden Wirkung tritt nach dem Früheren[1]) erst dann ein, wenn die species schon vorher ganz und vollständig in das Eigenthum des Gläubigers gekommen ist; was bei gleichzeitiger Erfüllung der mehreren lucrativen Erwerbsgründe natürlich nicht der Fall sein kann.

Dazu kommt noch die weitere bekannte generelle Regel, daß die solutio obligationis erst dann ihre aufhebende Kraft äußert, wenn sie vollständig geschehen ist; während eine erst begonnene, oder eine theilweise Zahlung überhaupt in vielen Beziehungen der gänzlichen Nichtzahlung in den Wirkungen gleichsteht[2]).

2) Bei dem uneigentlichen c. d. c. l. (wenn die mehreren causae lucrativae entweder aus Einer oder

---

1) §. 5. pos. 1. S. 46 ff. oben.

2) Da die solutio diejenige obligatio, als deren Erfüllung sie zunächst erscheint, erst dann aufhebt, wenn sie ganz und vollständig geschehen ist, so kann sie natürlich auch hier auf den zweiten lucrativen Erwerbsgrund nur mit demselben Moment aufhebend einwirken; weil die Vernichtung der zweiten causa lucrativa von der gehörigen Erfüllung der ersten abhängt.

aus mehreren Dispositionen derselben Person, oder aus verschiedenen für Eins geltenden Dispositionen mehrerer Personen hervorgehen[1]) — genügt es nach der früheren Ausführung, wenn nur entweder die species selbst, oder deren Werth gegeben wird, weil eigentlich nur Eine obligatio existirt[2]).

Hier kann nun, je nach Verschiedenheit der einzelnen Fälle, der Gegenstand der Rückforderung ein verschiedener sein. — Halten wir nämlich die allgemeinen Grundsätze über das indebite solutum oder sine causa datum fest, und wenden dieselben auf unseren Fall gehörig an, so läßt sich unterscheiden:

a) Die *species* selbst ist zuerst gegeben worden, und darauf die *aestimatio*. Dann liegt nur in dem Geben der letzteren ein indebitum, oder sine causa datum, und darum kann auch nur diese condicirt werden.

b) Wenn dagegen zuerst die *aestimatio* und später die *species* selbst gegeben wurde, so muß man behaupten: Da die Quellen, nach §. 7. oben, nur Eine obligatio annehmen, welche sowohl durch das Hingeben der species, als durch Zahlung des Werths erfüllt werden kann, Falls die letztere von dem Gläubiger gefordert, oder statt der species selbst gegeben worden

1) §. 7. oben.

2) S. 73 ff. oben.

ist[1]); und da ferner einzelne Quellenzeugnisse gegen den Gläubiger, welcher hier nach Empfang des Werths noch die species selbst verlangt, eine peremtorische Einrede gestatten[2]), oder ausdrücklich sagen: die species selbst könne nach der Zahlung des Werths ipso jure nicht mehr vindicirt werden[3]); — so wird auch hier das zuletzt Gegebene, also die species selbst, als indebite oder sine causa data erscheinen, und aus diesem Grunde darauf allein die Rückforderung gerichtet sein[4]).

---

1) S. 90. 91 oben.

2) fr. 84 §. 2. D. de legat. I. (30.) (JULIANUS.) vergl. mit fr. 66 §. 5. D. de legat. II. (31.) (PAPINIANUS.) S. 76 — 78. 84. 85 oben.

3) fr. 86 §. 1. D. de legat. I. (30.) (JULIANUS.) S. 77. 84. 85 oben.

4) Für unsere Behauptung läßt sich noch ein Argument aus fr. 25 D. de cond. ind. (12, 6.) (ULPIAN.) ziehen; weil daraus hervorgeht, daß, wenn von Mehreren die nämliche Schuld bezahlt wurde, welche nur einmal gefordert werden konnte, nur derjenige condiciren kann, welcher zuletzt gezahlt hat: Cum duo pro reo fidejussissent decem, deinde reus tria solvisset, et postea fidejussores quina, placuit eum, qui *posterior* solvit, repetere tria posse: hoc merito, quia tribus a reo solutis septem sola debita supererant: quibus persolutis, *tria indebita soluta* sunt. fr. 67 §. 2. i. f. D. eod. (12, 6.)

Hieraus geht mit Nothwendigkeit hervor, daß, wenn die species und die aestimatio geleistet worden sind, beim eigentlichen c. d. c. l. so wenig, wie beim uneigentlichen, ein Wahlrecht in Beziehung auf den Gegenstand der Rückforderung Statt finden kann; weder für den Zahlenden, noch für den Empfänger [1]).

---

1) Anders, wie bei alternativen Obligationen, weil in unserem Falle von Anfang an immer nur Eine Sache als Gegenstand des **indebitum**, oder **sine causa datum** erscheint; während bei alternativen Obligationen gerade umgekehrt von Anfang an zwei Gegenstände der **obligatio** existiren, von denen der eine, oder der andere, nach der Wahl des hierzu berechtigten Theils zur Erfüllung der **obligatio** gegeben werden kann; welches Wahlrecht, nach der Entscheidung von Justinian in **const. 10 C. de cond. ind. (4, 5.)**, auch bei der Rückforderung bleiben soll. Vergl. **Cujac. Observat. VIII, 35.**

Druckfehler.

Seite 17 Zeile 1 von oben lies allen statt allem.

„ 23 „ 7 v. o. }
„ 28 „ 12 v. o. } l. lucrativer st. lucrativen.
„ 40 letzte Zeile }

„ 62 Zeile 12 v. o. l. pervenit st. dervenit.

„ 108 „ 5 der Note l. sollte st. sollten.

„ 140 „ 4 von unten l. Promissar st. Fideicommissar.

„ 160 „ 2 von unten ist „wohl" vor „schwerlich" zu streichen.

Gedruckt in der Ulrich'schen Buchdruckerei.

Förster Buchh.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Sell, Wilhelm,

Ueber die römisch-rechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum eine civilrechtliche Erörterung

Zürich 1839

J.rom.m. 468 k
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567143-0